الأشباه والنظائر

في

قواعد وفروع فقه الشافعية

تأليف

الإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي

المتوفى سنة ٩١١ هـ

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

الطبعة الاولى
١٤٠٣ هجرية ١٩٨٣ ميلادية
بيروت لبنان

« مَنْ يُرِدِ اللهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِى الدِّينِ »
(حديث شريف)

بسم الله الرحمن الرحيم

و به نستعين

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم

نحمدك يامن تنزه فى كماله عن الأشباه والنظائر ، وتقدس فى جلاله عن أن تدركه الأبصار ، أو تحيط به الأفكار ، أوتعزب عنه الضمائر ، وتأزر بالكبرياء وتردى بالعظمة ، فمن نازعه واحدا منهما فهو المقصوم البائر ونشهد أن لا إله إلا أنت وحدك لاشريك لك شهادة يلوح عليها للاخلاص أمائر . وتبهج قائلها بأعظم البشائر ، يوم تبلى السرائر ، ونشهد أن سيدنا محمدا عبدك ورسولك أفضل من نسلته من ظهور الأماثل وبطون الحرائر ، وأرسلته لخير أمة أخرجت للناس ؛ فهديت به كل حائر ، ومحيت به مظالم الجاهلية ، وأحييت به معالم الإسلام والشعائر . وواعدته المقام المحمود وشفعته فى الصغائر والكبائر ، وكم بين شرائع دينك القويم ، حتى ورثها من بعده أولى البصائر : صلى الله وسلم عليه وعلى آله وصحبه ذوى الفضل السائر صلاة وسلاما نعدهما يوم القيامة من أعظم الذخائر ، دائمين ماسار الفلك الجارى ودار الفلك الدائر ،

أما بعد : فعلم الفقه بحوره زاخرة ، ورياضه ناضرة ، ونجومه زاهرة ، وأصوله ثابتة مقررة ، وفروعة ثابتة محررة . لايفنى بكثرة الإنفاق كنزه . ولا يبلى على طول الزمان عزه . أهله قوام الدين وقوامه ، وبهم ائتلافه وانتظامه : هم ورثة الأنبياء ، وبهم يستضاء فى الدهماء ، ويستغاث فى الشدة والرخاء ، ويهتدى كنجوم السماء وإليهم المفزع فى الآخرة والدنيا ، والمرجع فى التدريس والفتيا : ولهم المقام المرتفع على الزهرة العليا . وهم الملوك ، لا . بل الملوك تحت أقدامهم ، وفى تصاريف أقوالهم وأقلامهم ، وهم الذين إذا التحمت الحرب أرز الإيمان إلى أعلامهم ، وهم القوم كل القوم إذا افتخر كل قبيل بأقوامهم :

بيض الوجوه ، كريمة أحسابهم شم الأنوف ، من الطراز الأول

ولقد نوعوا هذا الفقه فنونا وأنواعا ، وتطاولوا فى استنباطه يدا وباعا ؛

وكان من أجل أنواعه : معرفة نظائر الفروع وأشباهها ، وضم المفردات إلى أخواتها وأشكالها . ولعمرى ، إن هذا الفن لايدرك بالتمنى ، ولا ينال بسوف ولعل ولو أنى ، ولا يبلغه إلا من كشف عن ساعد الجد وشمر ، واعتزل أهله وشد المئزر ، وخاض البحار وخالط العجاج ، ولازم الترداد إلى الأبواب فى الليل الداج ، يدأب فى التكرار والمطالعة بكرة وأصيلا ، وينصب نفسه للتأليف والتحرير بياتا ومقيلا : ليس له همة إلا معضلة يحلها ، أومستصعبة عزت على القاصرين فيرتقى إليها ويحلها ، يرد عليه ويرد ، وإذا عدله جاهل لايصد. قدضرب مع الأقدمين بسهم ، والغمر يضرب فى حديد بارد ، وحلق على الفضائل واقتنص الشوارد :

وليس على الله بمستنكر   أن يجمع العالم فى واحد

يقتحم المهامه المهولة الشاقة ، ويفتح الأبواب المرتجة ، إذا قال الغبى لاطاقة ، إن بدت له شاردة ردها إلى جوف الفرا ، أوشردت عنه نادة اقتنصها ولو أنها فى جوف السماء . له نقد يميز به بين الهباب والهباء ، ونظر يحكم إذا اختلفت الآراء بفصل القضاء ، وفكر لايأتى عليه تمويه الأغبياء ، وفهم ثاقب لو أن المسألة من خلف جبل قاف لخرقه حتى يصل إليها من وراء ؛ على أن ذلك ليس من كسب العبد ، وإنما هو فضل الله يؤتيه من يشاء ؛

هذا : وطالما جمعت من هذا النوع جموعا ، وتتبعت نظائر المسائل أصولا وفروعا حتى أوعيت من ذلك مجموعا جموعا ، وأبديت فيه تأليفا لطيفا ، لامقطوعا فضله ولا ممنوعا . ورتبته على كتب سبعة :

الكتاب الأول : فى شرح القواعد الخمس التى ذكر الأصحاب أن جميع مسائل الفقه ترجع إليها .

الكتاب الثانى : فى قواعد كلية يتخرج عليها مالا ينحصر من الصور الجزئية ، وهى أربعون قاعدة :

الكتاب الثالث : فى القواعد المختلف فيها ، ولا يطلق الترجيح لظهور دليل أحد القولين فى بعضها ومقابله فى بعض ، وهى عشرون قاعدة :

الكتاب الرابع : فى أحكام يكثر دورها ، ويقبح بالفقيه جهلها : كأحكام الناسى والجاهل ، والمكره ، والنائم ، والمجنون ، والمغمى عليه ، والسكران ، والصبى ، والعبد والمبعض ، والأنثى ، والخنثى ، والمتحيرة ، والأعمى ، والكافر ، والجان ، والمحارم ، والولد ، والوطء ، والعقود ، والفسوخ ، والصريح ، والكناية ، والتعريض ، والكتابة والإشارة ، والملك ، والدين ، وثمن المثل ، وأجرة المثل ، ومهر المثل ، والذهب والفضة ،

والمسكن ، والخادم ، وكلب الفقيه وسلاح الجندى ، والرطب ، والعنب ، والشرط ، والتعليق ، والاستثناء ، والدور ، والحصر ، والإشاعة ، والعدالة ، والأداء ، والقضاء، والإعادة ، والإدراك ، والتحمل ، والتعبدية ، والموالاة ؛ وفروض الكفاية ، وسننها والسفر ، والحرم ، والمساجد ، وغير ذلك . وفى ضمن ذلك قواعد وفوائد ، وتتمات وزوائد ، تبهج الناظر ، وتسر الخاطر .

الكتاب الخامس : فى نظائر الأبواب ، أعنى التى هى من باب واحد ، مرتبة على أبواب الفقه . والمخاطب بهذا الباب والذى يليه المبتدئون .

الكتاب السادس : فيما افترقت فيه الأبواب المتشابهة .

الكتاب السابع : فى نظائر شتى .

واعلم أن كل كتاب من هذه الكتب السبعة لو أفرد بالتصنيف لكان كتابا كاملا ، بل كل ترجمة من تراجمه تصلح أن تكون مؤلفا حافلا.

وقد صدرت كل قاعدة بأصلها من الحديث والأثر ، وحيث كان فى إسناد الحديث ضعف أعملت جهدى فى تتبع الطرق والشواهد لتقويته على وجه مختصر ، وهذا أمر لاترى عينك الآن فقيها يقدر عليه ، ولا يلتفت بوجهه إليه . وأنت إذا تأملت كتابى هذا علمت أنه نخبة عمر ، وزبدة دهر ، حوى من المباحث المهات ، وأعان عند نزول الملمات ، وأثار مشكلات المسائل المدلهمات ، فانى عمدت فيه إلى مقفلات ففتحتها ، ومعضلات فنقحتها ، ومطولات فلخصتها ، وغرائب قل أن توجد منصوصة فنصصتها :

واعلم أن الحامل لى على إبداء هذا الكتاب أنى كنت كتبت من ذلك أنموذجا لطيفا فى كتاب سميته (شوارد الفوائد : فى الضوابط والقواعد) فرأيته وقع موقعا حسنا من الطلاب ، وابتهج به كثير من أولى الألباب ، وهذا الكتاب هو بالنسبة إلى هذا كقطرة من قطرات بحر ، وشذرة من شذرات نحر.

وكأنى بالناس وقد افترقوا فيه فرقا : فرقة قد انطوى على الحسد جنوبهم ، ورامت إطفاء نوره بأفواههم ، وماهم ببالغيه إلا أن تقطع قلوبهم ؛ وكيف يقاس من نشأ فى حجر العلم منذ كان فى مهده ، ودأب فيه غلاما وشابا وكهلا ، حتى وصل إلى قصده ، بدخيل أقام سنوات فى لهو ولعب ، وقطع أوقاتا يحترف فيها أو يكتسب ، ثم لاحت منه التفاتة إلى العلم ، فنظر فيه وما احتكم ، وقنع منه بتحلة القسم ، ورضى بأن يقال : عالم وما اتسم ؟

أنا ابن دارة معروفا بها نسبى وهل بدارة ياللناس من عار !

على أنا لانتكل على الأحساب والأنساب : ولا ننكل عن طلب المعالى بالاكتساب :

لسنا وإن كنا ذوى حسب يوما على الأحساب نتكل

نبني كما كانت أوائلنا تبني ، ونفعل مثل مافعلوا

وأكثر ماعند هذه الفرقة : أن تزدرى بالشباب ، وبالشيخوخة افتخارها ، وتلك شكاة ظاهر عنك عارها ، ولو أنصفت لعرفت أن ذلك من سمات المدح ، لامن وصمات القدح ، وكفى بالرد عليها عند أولى الألباب ماورد مرفوعا وموقوفا « ماأوتى عالم علما إلا وهو شاب » .

وفرقة : غلب عليها الجهل المركب ، وبعد عنها طريق الخير وتنكب ، لاتبرح حدالا ولاتعى مقالا ، ولا تحسن جوابا ولا سؤالا ، ليس لها دأب إلاأكل الحرام ، والخوض فى أعراض الأنام ، وغمص الناس نهارا ، وبالليل نيام ، فهذه لاتصلح لخطاب ولا تأهل إذا غابت لأن تعاب والسلام .

وفرقة آتاها الله هداها ، وألهمها تقواها ، وزكاها مولاها ، فرأت محاسنه وسناها ، وفوائده التى لاتتناهى ، فاعترفت بشكرها وثناها ، واغترفت من بحرها ولم يلوها عذل عاذل ولا ثناها ، وارتشفت من كؤوس حمياها ، وانتشقت من شذا عرف رياها ؛ وهذه طائفة لاتكاد تراها ، ولا نسمع بخبرها فوق الأرض وثراها ، فحياها الله وبياها وأمطر علينا سحائب فضله وإياها ؛

فصل

اعلم أن فن الأشباه والنظائر فن عظيم ، به يطلع على حقائق الفقه ومداركه ، ومآخذه وأسراره ، ويتمهر فى فهمه واستحضاره ، ويقتدر على الالحاق والتخريج ، ومعرفة أحكام المسائل التى ليست بمسطورة ، والحوادث والوقائع التى لاتنقضى على ممر الزمان ؛ ولهذا قال بعض أصحابنا : الفقه معرفة النظائر ؛

وقد وجدت لذلك أصلا من كلام عمر بن الخطاب ؛

أخبرنا شيخنا الإمام تقى الدين الشمنى ، أخبرنا أبو الحسن بن عبد الكريم ، أخبرنا أبو العباس أحمد بن يوسف (ح) وكتب إلىّ عاليا أبوعبد الله محمد بن مقبل الحلبى ، عن محمد بن على الحراوى قال : أخبرنا الحافظ أبومحمد الدمياطى ، أخبرنا الحافظ أبو الحجاج ابن خليل ، أخبرنا أبوالفتح بن محمد ، أخبرنا إسمعيل بن الفضل أخبرنا أبوطاهر محمد بن أحمد (ح) قال الدمياطى : وأنبأنا عاليا أبو الحسن بن المقير ، أخبرنا المبارك بن أحمد إجازة ، أنبأنا أبو الحسن بن المهتدى بالله قالا : أنبأنا الإمام أبو الحسن الدارقطنى ، حدثنا أبوجعفر محمد ابن سليمان النعمانى ، حدثنا عبد الله عبد الصمد بن أبى خداش ، حدثنا عيسى بن يونس ، حدثنا عبيد الله بن أبى حميد عن أبى المليح الهذلى قال :

كتب عمر بن الخطاب إلى أبى موسى الأشعرى

« أما بعد: فان القضاء فريضة محكمة ، وسنة متبعة ؛ فافهم إذا أدلى إليك ،

فانه لاينفع تكلم بحق لانفاذ له ، لايمنعك قضاء قضيته ، راجعت فيه نفسك ، وهديت فيه لرشدك ، أن تراجع الحق ، فان الحق قديم ، ومراجعة الحق خير من التمادى فى الباطل ، الفهم الفهم فيما يختلج فى صدرك ، مما لم يبلغك فى الكتاب والسنة ، اعرف الأمثال والأشباه ثم قس الأمور عندك ، فاعمد إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق ، فيما ترى » .

هذه قطعة من كتابه ، وهى صريحة فى الأمر بتتبع النظائر وحفظها ، ليقاس عليها ماليس بمنقول .

وفى قوله : « فاعمد إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق» إشارة إلى أن من النظائر ما يخالف نظائره فى الحكم لمدرك خاص به . وهو الفن المسمى بالفروق ، الذى يذكر فيه الفرق بين النظائر المتحدة تصويرا ومعنى ، المختلفة حكما وعلة .

وفى قوله : « فيما ترى » إشارة إلى أن المجتهد إنما يكلف بما ظنه صوابا ، وليس عليه أن يدرك الحق فى نفس الأمر ، ولا أن يصل إلى اليقين ، وإلى أن المجتهد لايقلد غيره .

الكتاب الأول

فى شرح القواعد الخمس التى ذكر الأصحاب أن جميع مسائل الفقه ترجع إليها

حكى القاضى أبو سعيد الهروى : أن بعض أئمة الحنفية بهراة بلغه أن الإمام أبا طاهر الدباس إمام الحنفية بما وراء النهر ، رد جميع مذهب أبى حنيفة إلى سبع عشرة قاعدة ، فسافر إليه . وكان أبو طاهر ضريرا ، وكان يكرر كل ليلة تلك القواعد بمسجده بعد أن يخرج الناس منه ، فالتف الهروى بحصير ، وخرج الناس ، وأغلق أبو طاهر المسجد وسرد من تلك القواعد سبعا ، فحصلت للهروى سعلة ، فأحس به أبو طاهر فضربه وأخرجه من المسجد ، ثم لم يكررها فيه بعد ذلك ، فرجع الهروى إلى أصحابه ، وتلا عليهم تلك السبع .

قال القاضى أبو سعيد : فلما بلغ القاضى حسينا ذلك رد جميع مذهب الشافعى إلى أربع قواعد :

الأولى : اليقين لايزال بالشك . وأصل ذلك قوله صلى الله عليه وسلم « إن الشيطان ليأتى أحدكم وهو فى صلاته ، فيقول له : أحدثت فلا ينصرف ، حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا » .

والثانية : المشقة تجلب التيسير : قال تعالى (وما جعل عليكم فى الدين من حرج) وقال صلى الله عليه وسلم « بعثت بالحنيفية السمحة » .

الثالثة : الضرر يزال ؛ وأصلها قوله صلى الله عليه وسلم « لاضرر ولا ضرار » .

الرابعة : العادة محكمة ، لقوله صلى الله عليه وسلم « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » انتهى .

قال بعض المتأخرين: فى كون هذه الأربع دعائم الفقه كله نظر، فان غالبه لا يرجع إليها إلا بواسطة وتكلف.

وضم بعض الفضلاء إلى هذه قاعدة خامسة: وهى: الأمور بمقاصدها، لقوله صلى الله عليه وسلم «إنما الأعمال بالنيات» وقال «بنى الإسلام على خمس» والفقه على خمس.

قال العلائى: وهو حسن جدا، فقد قال الإمام الشافعى: يدخل فى هذا الحديث ثلث العلم.

وقال الشيخ تاج الدين السبكى: التحقيق عندى أنه إن أريد رجوع الفقه إلى خمس بتعسف وتكلف وقول جملى، فالخامسة داخلة فى الأولى، بل رجع الشيخ عز الدين بن عبد السلام الفقه كله إلى اعتبار المصالح ودرء المفاسد. بل قد يرجع الكل إلى اعتبار المصالح. فان درء المفاسد من جملتها. ويقال على هذا: واحدة من هؤلاء الخمس كافية، والأشبه أنها الثالثة، وإن أريد الرجوع بوضوح، فانها تربو على الخمسين، بل على المئين اه.

وها أنا أشرح هذه القواعد، وأبين ما فيها من النظائر:

القاعدة الأولى

الأمور بمقاصدها

فيها مباحث:

(الأول) الأصل فى هذه القاعدة قوله صلى الله عليه وسلم «إنما الأعمال بالنيات» وهذا حديث صحيح مشهور أخرجه الأئمة الستة وغيرهم من حديث عمر بن الخطاب: والعجب أن مالكا لم يخرجه فى الموطأ، وأخرجه ابن الأشعث فى سننه، من حديث على بن أبى طالب والدارقطنى فى غرائب مالك: وأبو نعيم فى الحلية، من حديث أبى سعيد الخدرى وابن عساكر فى أماليه، من حديث أنس، كلهم بلفظ واحد: وعند البيهقى فى سننه من حديث أنس «لا عمل لمن لا نية له» وفى مسند الشهاب من حديثه «نية المؤمن خير من عمله»: وهو بهذا اللفظ فى معجم الطبرانى الكبير من حديث سهل بن سعد والنواس بن سمعان، وفى مسند الفردوس للديلمى من حديث أبى موسى.

وفى الصحيح من حديث سعد بن أبى وقاص «إنك لن تنفق نفقة تبتغى بها وجه الله إلا أجرت فيها حتى ما تجعل فى فى امرأتك»: ومن حديث ابن عباس «ولكن جهاد ونية». وفى مسند أحمد من حديث ابن مسعود «رب قتيل بين الصفين الله أعلم بنيته» وعند ابن ماجه من حديث أبى هريرة وجابر بن عبد الله «يبعث الناس على نياتهم» وفى السنن الأربعة من حديث عقبة بن عامر «إن الله يدخل بالسهم الواحد ثلاثة الجنة، وفيه: وصانعه يحتسب فى صنعته الأجر» وعند النسائى من حديث أبى ذر «من أتى فراشه وهو ينوى أن يقوم يصلى من الليل فغلبته عينه حتى يصبح كتب له ما نوى» وفى معجم الطبرانى من حديث صهيب

«أيما رجل تزوج امرأة فنوى أن لا يعطيها من صداقها شيئا مات يوم يموت وهو زان، وأيما رجل اشترى من رجل بيعا فنوى أن لا يعطيه من ثمنه شيئا مات يوم يموت وهو خائن» وفيه أيضا من حديث أبي أمامة «من ادان دينا وهو ينوى أن يؤديه أداه الله عنه يوم القيامة، ومن ادان دينا وهو ينوى أن لا يؤديه فمات قال الله يوم القيامة: ظننت أني لا آخذ لعبدي بحقه؟ فيؤخذ من حسناته فتجعل في حسنات الآخر، فان لم يكن له حسنات أخذ من سيئات الآخر، فجعلت عليه».

المبحث الثاني فيما يرجع إلى هذه القاعدة من أبواب الفقه

اعلم أنه قد تواتر النقل عن الأئمة في تعظيم قدر حديث النية:

قال أبو عبيدة: ليس في أخبار النبي صلى الله عليه وسلم شيء أجمع وأغنى وأكثر فائدة منه.

واتفق الإمام الشافعي وأحمد بن حنبل وابن مهدى، وابن المديني، وأبو داود، والدارقطني وغيرهم على أنه ثلث العلم، ومنهم من قال: ربعه. ووجه البيهقي كونه ثلث العلم: بأن كسب العبد يقع بقلبه ولسانه وجوارحه. فالنية أحد أقسامها الثلاثة وأرجحها، لأنها قد تكون عبادة مستقلة، وغيرها يحتاج إليها. ومن ثم ورد «نية المؤمن خير من عمله».

وكلام الإمام أحمد يدل على أنه أراد بكونه ثلث العلم، أنه أحد القواعد الثلاث التي ترد إليها جميع الأحكام عنده. فانه قال: أصول الإسلام على ثلاثة أحاديث: حديث «الأعمال بالنية» وحديث «من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد»[1] وحديث «الحلال بين والحرام بين»

وقال أبو داود: مدار السنة على أربعة أحاديث: حديث «الأعمال بالنيات» وحديث «من حسن إسلام المرء تركه ما لا يعنيه» وحديث «الحلال بين والحرام بين» وحديث «إن الله طيب لا يقبل إلا طيبا» وفي لفظ عنه: يكفي الانسان لدينه أربعة احاديث، فذكرها، وذكر بدل الأخير: حديث «لا يكون المؤمن مؤمنا حتى يرضى لأخيه ما يرضى لنفسه».

وعنه أيضا: الفقه يدور على خمسة أحاديث «الأعمال بالنيات» و«الحلال بين» و«لا ضرر ولا ضرار» و«ما نهيتكم عنه فاجتنبوه وما أمرتكم به فائتوا منه ما استطعتم[2]».

وقال الدار قطني: أصول الأحاديث أربعة «الأعمال بالنيات» و«من حسن إسلام المرء تركه ما لا يعنيه» و«الحلال بين» و«ازهد في الدنيا يحبك الله».

وحكى الخفاف من أصحابنا في كتاب الخصال عن ابن مهدى وابن المديني: أن مدار الأحاديث على أربعة: «الأعمال بالنيات» و«لا يحل دم امرئ مسلم إلا باحدى ثلاث» و«بني الاسلام على خمس» و«والبينة على المدعي واليمين على من أنكر».

وقال ابن مهدى أيضا: حديث النية يدخل في ثلاثين بابا من العلم.

وقال الشافعي: يدخل في سبعين بابا.

قلت: وهذا ذكر ما يرجع إليه من الأبواب إجمالا.

من ذلك: ربع العبادات بكماله، كالوضوء، والغسل فرضا ونفلا، ومسح الخف في مسألة

---

(١) رواه مسلم بلفظ: من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد (٢) رواه البخاري ومسلم بلفظ: إذا أمرتكم بأمر فائتوا منه ما استطعتم، وإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه.

الجرموق إذا مسح الأعلى، وهو ضعيف، فينزل البلل إلى الأسفل، والتيمم، وإزالة النجاسة على رأى، وغسل الميت على رأى، والأوانى فى مسألة الضبة بقصد الزينة أو غيرها. والصلاة بأنواعها: فرض عين وكفاية، وراتبة وسنة، ونفلا مطلقا، والقصر، والجمع، والامامة والاقتداء وسجود التلاوة والشكر، وخطبة الجمعة على أحد الوجهين، والأذان على رأى، وأداء الزكاة واستعمال الحلى أو كنزه، والتجارة، والقنية، والخلطة على رأى، وبيع المال الزكوى، وصدقة التطوع، والصوم فرضا ونفلا، والاعتكاف، والحج والعمرة كذلك، والطواف فرضا واجبا وسنة، والتحلل للمحصر، والتمتع على رأى، ومجاوزة الميقات، والسعى والوقوف على رأى، والفداء، والهدايا، والضحايا فرضا ونفلا، والنذور، والكفارات، والجهاد والعتق والتدبير، والكتابة، والوصية، والنكاح، والوقف، وسائر القرب، بمعنى توقف حصول الثواب على قصد التقرب بها إلى الله تعالى، وكذلك نشر العلم تعليما وإفتاء وتصنيفا، والحكم بين الناس وإقامة الحدود، وكل ما يتعاطاه الحكام والولاة، وتحمل الشهادات وأداؤها.

بل يسرى ذلك إلى سائر المباحات إذا قصد بها التقوى على العبادة أو التوصل إليها، كالأكل والنوم، واكتساب المال وغير ذلك، وكذلك النكاح والوطء إذا قصد به إقامة السنة أو الإعفاف أو تحصيل الولد الصالح، وتكثير الأمة: ويندرج فى ذلك ما لا يحصى من المسائل:

ومما تدخل فيه من العقود ونحوها: كنايات البيع والهبة، والوقف، والقرض، والضمان، والابراء، والحوالة، والاقالة، والوكالة، وتفويض القضاء، والاقرار، والاجارة والوصية، والعتق، والتدبير، والكتابة، والطلاق، والخلع، والرجعة، والايلاء، والظهار والأيمان والقذف، والأمان:

ويدخل أيضا فيها فى غير الكنايات فى مسائل شتى: كقصد لفظ الصريح لمعناه، ونية المعقود عليه فى المبيع والثمن، وعوض الخلع، والمنكوحة، ويدخل فى بيع المال الربوى ونحوه وفى النكاح إذا نوى ما لو صرح به بطل:

وفى القصاص فى مسائل كثيرة، منها تمييز العمد وشبهه من الخطأ، ومنها إذا قتل الوكيل فى القصاص، إن قصد قتله عن الموكل، أو قتله بشهوة نفسه. وفى الردة، وفى السرقة فيما إذا أخذ آلات الملاهى بقصد كسرها وإشهارها أو بقصد سرقتها، وفيما إذا أخذ الدائن مال المدين بقصد الاستيفاء، أو السرقة، فلا يقطع فى الأول، ويقطع فى الثانى: وفى أداء الدين، فلو كان عليه دينان لرجل، بأحدهما رهن، فأدى أحدهما ونوى به دين الرهن: انصرف إليه: والقول قوله فى نيته: وفى اللقطة بقصد الحفظ أو التمليك، وفيما لو أسلم على أكثر من أربع، فقال: فسخت نكاح هذه، فان نوى به الطلاق كان تعيينا لاختيار النكاح، وإن نوى الفراق أو أطلق حمل على اختيار الفراق، وفيما لو وطئ أمة بشبهة، وهو يظنها زوجته الحرة، فان الولد ينعقد حرا: وفيما لو تعاطى فعل شىء مباح له، وهو يعتقد عدم حله، كمن وطئ امرأة يعتقد أنها

أجنبية ، وأنه زان بها ، فإذاهى حليلته ؛ أوقتل من يعتقده معصوما ، فبان أنه يستحق دمه ؛ أو أتلف مالا لغيره ، فبان ملكه ؛

قال الشيخ عزالدين: يجرى عليه حكم الفاسق لجرأته على الله ، لأن العدالة إنما شرطت لتحصل الثقة بصدقه ، وأداء الأمانة ، وقد انخرمت الثقة بذلك ، لجرأته بارتكاب مايعتقده كبيرة .

قال : وأما مفاسد الآخرة فلا يعذب تعذيب زان ولا قاتل ، ولا آكل مالا حراما ؛ لأن عذاب الآخرة مرتب على ترتب المفاسد فى الغالب ، كما أن ثوابها مرتب على ترتب المصالح فى الغالب .

قال : والظاهر أنه لا يعذب تعذيب من ارتكب صغيرة ، لأجل جرأته وانتهاك الحرمة : بل عذابا متوسطا بين الصغيرة والكبيرة :

وعكس هذا : من وطئ أجنبية وهو يظنها حليلة له لا يترتب عليه شيء من العقوبات المؤاخذات المترتبة على الزانى ، اعتبار بنيته ومقصده :

وتدخل النية أيضا : فى عصير العنب بقصد الخلية والخمرية ، وفى الهجر فوق ثلاثة أيام فإنه حرام ، إن قصد الهجر وإلا فلا :

ونظيره أيضا : ترك الطيب والزينة فوق ثلاثة أيام لموت غير الزوج ، فانه إن كان بقصد الاحداد حرم وإلا فلا :

وتدخل أيضا فى نية قطع السفر ، وقطع القراءة فى الصلاة ، وقراءة القرآن جنبا بقصده ، أو بقصد الذكر . وفى الصلاة بقصد الافهام ، وفى غير ذلك : وفى الجعالة إذا التزم جعلا لمعين ، فشاركه غيره فى العمل إن قصد إعانته ، فله كل الجعل ، وإن قصد العمل للمالك فله قسطه ، ولا شيء للمشارك : وفى الذبائح :

فهذه سبعون بابا ، أو أكثر ، دخلت فيها النية كما ترى :

فعلم من ذلك فساد قول من قال : إن مراد الشافعى بقوله « تدخل فى سبعين بابا من العلم » المبالغة : وإذا عددت مسائل هذه الأبواب التى للنية فيها مدخل لم تقصر عن أن تكون ثلث الفقه أو ربعه :

وقد قيل فى قوله صلى الله عليه وسلم « نية المؤمن خير من عمله » أن المؤمن يخلد فى الجنة وإن أطاع الله مدة حياته فقط ، لأن نيته أنه لو بقى أبد الآباد لاستمر على الايمان ، فجوزى على ذلك بالخلود فى الجنة . كما أن الكافر يخلد فى النار ، وإن لم يعص الله إلا مدة حياته فقط ، لأن نيته الكفر ماعاش ؛

المبحث الثالث فيما شرعت النية لأجله

المقصود الأهم منها : تمييز العبادات من العادات ، وتمييز رتب العبادات بعضها من بعض ، كالوضوء والغسل ، يتردد بين التنظف والتبرد ، والعبادة ، والإمساك عن المفطرات قد يكون للحمية والتداوى ، أو لعدم الحاجة إليه . والجلوس فى المسجد ، قد يكون للاستراحة : ودفع المال للغير ، قد يكون هبة أو وصلة لغرض دنيوى ، وقد يكون قربة كالزكاة ، والصدقة ، والكفارة : والذبح قد يكون بقصد الأكل ، وقد يكون للتقرب بإراقة الدماء ، فشرعت النية لتمييز القرب من غيرها . وكل من الوضوء والغسل والصلاة والصوم ونحوها قد يكون فرضا ونذرا ونفلا . والتيمم قد يكون عن الحدث أو الجنابة : وصورته واحدة . فشرعت لتمييز رتب العبادات بعضها من بعض .

ومن ثم ترتب على ذلك أمور :

أحدها : عدم اشتراط النية فى عبادة لا تكون عادة ، أو لا تلتبس بغيرها ، كالايمان بالله تعالى ، والمعرفة والخوف والرجاء ، والنية ، وقراءة القرآن ، والأذكار ، لأنها متميزة بصورتها ، نعم يجب فى القراءة إذا كانت منذورة ، لتمييز الفرض من غيره : نقله القمولى فى الجواهر عن الرويانى ، وأقره :

وقياسه : إن نذر الذكر والصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم كذلك ، نعم إن نذر الصلاة عليه كلما ذكر ، فالذى يظهر لى أن ذلك لا يحتاج إلى نية لتميزه بسببه :

وأما الأذان : فالمشهور أنه لا يحتاج إلى نية . وفيه وجه فى البحر ، وكأنه رأى أنه يستحب لغير الصلاة ، كما سيأتى ، فأوجب فيه النية للتمييز :

وأما خطبة الجمعة : ففى اشتراط نيتها والتعرض للفرضية فيها خلاف فى الشرح والروضة بلا ترجيح : وفى الكفاية : أنه مبنى على أنها بمثابة ركعتين . ومقتضاه ترجيح أنها شرط ، وجزم به الأذرعى فى التوسط : وعندى خلافه ، بل يجب أن لا يقصد غيرها .

وأما التروك : كترك الزنا وغيره ، فلم يحتج إلى نية ، لحصول المقصود منها . وهو اجتناب المنهى بكونه لم يوجد ، وإن لم يكن نية . نعم يحتاج إليها فى حصول الثواب المترتب على الترك . ولما ترددت إزالة النجاسة بين أصلين : الأفعال من حيث إنها فعل ، والتروك من حيث إنها قريبة منها جرى فى اشتراط النية خلاف : ورجح الأكثرون عدمه تغليبا لمشابهة التروك :

ونظير ذلك أيضا : غسل الميت ، والأصح فيه أيضا عدم الاشتراط ، لأن القصد منه التنظيف كإزالة النجاسة :

ونظيره أيضا : نية الخروج من الصلاة ، هل تشترط ؟ والأصح لا : قال الامام لأن النية إنما تليق بالإقدام ، لا بالترك :

ونظيره أيضا : صوم التمتع والقران ، هل يشترط فيه نية التفرقة ؟ والأصح لا ، لأنها حاصلة بدونها.

ونظيره أيضا : نية التمتع ، هل تشترط فى وجوب الدم ؟ والأصح ، لا لأنه متعلق بترك الاحرام للحج من الميقات ، وذلك موجود بدونها .

ونظيره أيضا : نية الخلطة ، هل تشترط ؟ والأصح : لا ، لأنها إنما أثرت فى الزكاة للاقتصار على مؤنة واحدة ، وذلك حاصل بدونها.

ومقابل الأصح فى الكل راعى جانب العبادات ، فقاس غسل الميت على غسل الجنابة والتمتع على الجمع بين الصلاتين ، فانه جمع بين نسكين . ولهذا جرى فى وقت نيته الخلاف فى وقت نية الجمع . وفى الجمع وجه أنه لايشترط فيه النية ، واختاره الباقينى قال: لأنه ليس بعمل ، وإنما العمل الصلاة ، وصورة الجمع حاصلة بدون نية ولهذا لايجب فى جمع التأخير ، نعم يجب فيه أن يكون التأخير بنية الجمع . ويشترط كون هذه النية فى وقت الأولى بحيث يبقى من وقتها بقدر مايسعها ؛ فان أخر بغير نية الجمع حتى خرج الوقت أو ضاق بحيث لايسع الفرض عصى وصارت الأولى قضاء ، هكذا جزم به الأصحاب . ويقرب منه ماذكر النووى فى شرح المهذب والتحقيق أن الأصح فى الصلاة وفى كل واجب موسع إذا لم يفعل فى أول الوقت أنه لابد عند التأخير من العزم على فعله فى أثناء الوقت ، والمعروف فى الأصول خلاف ذلك : وقد جزم ابن السبكى فى جمع الجوامع بأنه لايجب العزم على المؤخر .

وأورد عليه ماذكره منووى فيما تقدم ؛

فأجاب فى منع الموانع : بأن مثل هذا لايؤخذ من التحقيق ؛ ولا من شرح المهذب وأن القول بالوجوب لايعرف إلا عن القاضى ومن تبعه .

قال : ولولا جلالة القاضى لقلت : إن هذا من أفحش الأقوال ، ولولا أنى وجدته منصوصا فى كلامه منقولا فى كلام الأثبات عنه ، لجوزت الزلل على الناقل لسفاهة هذا القول فى نفسه ، وهو قول مهجور فى هذه الملة الاسلامية ، أعتقد أنه خارق لاجماع المسلمين ليس لقائله شبهة يرتضيها محقق ، وهو معدود من هفوات القاضى ، ومن العظائم فى الدين ، فانه إيجاب بلا دليل : انتهى ؛

ضابط

قال بعضهم : ليس لنا عبادة يجب العزم عليها ولايجب فعلها سوى الفار من الزحف لايجوز إلا بقصد التحيز إلى فئة ، وإذا تحيز إليها لايجب القتال معها فى الأصح ، لأن العزم مرخص له فى الانصراف لاموجب للرجوع ؛

الأمر الثانى

اشتراط التعيين فيما يلتبس دون غيره ، قال فى شرح المهذب : ودليل ذلك قوله صلى الله عليه وسلم « وإنما لكل امرىء مانوى » فهذا ظاهر فى اشتراط التعيين ، لأن أصل النية فهم من أول الحديث « إنما الأعمال بالنيات » .

فمن الأول : الصلاة ، فيشترط التعيين فى الفرائض ، لتساوى الظهر والعصر فعلا وصورة ، فلا يميز بينهما إلا التعيين . وفى النوافل غير المطلقة ، كالرواتب ، فيعينها باضافتها إلى الظهر مثلا ، وكونها التى قبلها أوالتى بعدها ، كما جزم به فى شرح المهذب والعيدين ، فيعينهما بالفطر والنحر . وقال الشيخ عزالدين : ينبغى أن لايجب التعرض لذلك ، لأنهما يستويان فى جميع الصفات ؛ فيلحق بالكفارات والتراويح ، والضحى ، والوتر ، والكسوف ، والاستسقاء ، فيعينها بما اشتهرت به . هذا ماذكر فى الروضة وأصلها وشرح المهذب ، فى باب صفة الصلاة .

وبقى نوافل أخر ، منها ركعتا الاحرام ، والطواف . قال فى المهمات : وقد نقل فى الكفاية عن الأصحاب : اشتراط التعيين فيهما ، وصرح بركعتى الطواف النووى فى تصحيح التلبيه ، وعدها فيما يجب فيه التعيين بلا خلاف .

قلت : وصرح بركعتى الاحرام فى المناسك .

ومنها : التحية ، فنقل فى المهمات عن الكفاية أنها تحصل بمطلق الصلاة ، ولايشترط فيها التعيين بلا شك . وقال فى شرح المنهاج : فيه نظر ، لأن أقلها ركعتان ولم ينوهما ، إلا أن يريد الاطلاق مع التقييد بركعتين .

ومنها : سنة الوضوء . قال فى المهمات : ويتجه إلحاقها بالتحية ، وقد صرح بذلك الغزالى فى الاحياء .

قلت : المجزوم به فى الروضة فى آخر باب الوضوء خلاف ذلك . وأما الغزالى فانه أنكر فى الاحياء سنة الوضوء ، أصلا ورأسا .

ومنها : صلاة الاستخارة والحاجة . ولاشك فى اشتراط التعيين فيهما . ولم أر من تعرض لذلك ، لكن قال النووى فى الأذكار : الظاهر أن الاستخارة تحصل بركعتين من السنن الرواتب ، وبتحية المسجد ، وبغيرها من النوافل .

قلت : فعلى هذا يتجه إلحاقها بالتحية فى عدم اشتراط التعيين ، ومثلها صلاة الحاجة .

ومنها : سنة الزوال ، وهى أربع ركعات : تصلى بعده لحديث ورد بها ، وذكرها المحاملى فى الكتاب وغيره ، والمتجه أنها كسنة الوضوء . فإن قلنا : باشتراط التعيين فيها ، فكذا هنا وإلا فلا ، لأن المقصود إشغال ذلك الوقت بالعبادة : كما أشار إليه النبى

صلى الله عليه وسلم حيث قال : « إنها ساعة تفتح فيها أبواب السماء ، فأحب أن يصعد لى فيها عمل صالح » .

ومنها : صلاة التسبيح والقتل ، ولاشك فى اشتراط التعيين فى الأولى وإن كانت ليست ذات وقت ولا سبب . وأما الثانية فلها سبب متأخر كالاحرام ، فيحتمل اشتراط التعيين فيها ، ويحتمل خلافه :

ومنها : صلاة الغفلة ، بين المغرب والعشاء ، والصلاة فى بيته ، إذا أراد الخروج لسفر ، والمسافر إذا نزل منزلا وأراد مفارقته ، يستحب أن يودعه بركعتين ، والظاهر فى الكل عدم اشتراط التعيين ، لأن المقصود إشغال الوقت أو المكان بالصلاة ، كالتحية ولم أر من تعرض لذلك كله :

ومن ذلك : الصوم ، والمذهب المنصوص الذى قطع به الأصحاب اشتراط التعيين فيه ، لتمييز رمضان من القضاء والنذر ، والكفارة ، والفدية ، وعن الحليمى ، وجه أنه لايشترط فى رمضان ، قاله النووى ، وهو شاذ مردود ، نعم لايشترط تعيين السنة على المذهب ، ونظيره فى الصلاة أنه لايشترط تعيين اليوم ، لافى الأداء ولا فى القضاء ، فيكفى فيه فائتة الظهر ، ولا يشترط أن يقول يوم الخميس ، وقياس ماتقدم فى النوافل المرتبة اشتراط التعيين فى رواتب الصوم ، كصوم عرفة ، وعاشوراء ، وأيام البيض ، وقد ذكره فى شرح المهذب بحثا ولم يقف على نقل فيه ، وهو ظاهر ، إذا لم نقل بحصولها بأى صوم كان كالتحية كما سيأتى عن البارزى :

ومثل الرواتب فى ذلك : الصوم ذو السبب ، وهو الأيام المأمور بها فى الاستسقاء

ومن الثانى : أعنى مالا يشترط فيه التعيين : الطهارات ، والحج والعمرة ، لأنه لو عين غيرها انصرف إليها ، وكذا الزكاة والكفارات :

ضابط

قال الشيخ فى المهذب : كل موضع افتقر إلى نية الفريضة افتقر إلى تعيينها إلا التيمم للفرض فى الأصح :

قاعدة

وما لايشترط التعرض له جملة وتفصيلا إذا عينه وأخطأ لم يضر ، كتعيين مكان الصلاة وزمانها ، وكذا إذا عين الامام من يصلى خلفه ، أوصلى فى الغيم ، أو صام الأسير ، ونوى الأداء والقضاء فبان خلافه ، وما يشترط فيه التعيين ، فالخطأ فيه مبطل ، كالخطأ من الصوم إلى الصلاة وعكسه ، ومن صلاة الظهر إلى العصر :

وما يجب التعرض له جملة ولا يشترط تعيينه تفصيلا إذا عينه وأخطأ ضر ، وفى ذلك فروع .

أحدها : نوى الاقتداء بزيد ، فبان عمرا لم يصح ؛

الثانى : نوى الصلاة على زيد فبان عمرا ، أو على رجل فكان امرأة أو عكسه لم تصح ؛ ومحله فى الصورتين : مالم يشر ، كما سيأتى فى مبحث الإشارة ، وقال السبكى فى الصورة الأولى : ينبغى بطلان نية الاقتداء لانية الصلاة ، ثم إذا تابعه خرج على متابعة من ليس بامام بل ينبغى هنا الصحة وجعل ظنه عذرا ، وتابعه فى المهمات على هذا البحث ؛

وأجيب بأنه قد يقال : فرض المسئلة : حصول المتابعة ، فان ذلك شأن من ينوى الاقتداء ، والأصح فى متابعة من ليس بامام البطلان ؛

الثالث : لايشترط تعيين عدد الركعات ، فلو نوى الظهر خمسا أو ثلاثا ، لم يصح لكن قال فى المهمات : إنما فرض الرافعى المسئلة فى العلم ، فيؤخذ منه أنه لايؤثر عند الغلط ؛

قلت : ذكر النووى المسألة فى شرح المهذب فى باب الوضوء ، وفرضها فى الغلط فقال : ولو غلط فى عدد الركعات ، فنوى الظهر ثلاثا أو خمسا ، قال أصحابنا : لايصح ظهره ، هذه عبارته ، ويؤيده تعليله البطلان فى باب الصلاة بتقصيره ؛

ونظير هذه المسئلة : من صلى على موتى ، لايجب تعيين عددهم ولا معرفته ، فلو اعتقدهم عشرة فبانوا أكثر ، أعاد الصلاة على الجميع ، لأن فيهم من لم يصل عليه ، وهو غير معين ، قاله فى البحر ؛ قال وإن بانوا أقل ، فالأظهر الصحة ، ويحتمل خلافه لأن النية قد بطلت فى الزائد لكونه معدوما ، فتبطل فى الباقى ؛

الرابع : نوى قضاء ظهر يوم الاثنين ، وكان عليه ظهر يوم الثلاثاء ، لم يجزئه ؛

الخامس : نوى ليلة الاثنين صوم يوم الثلاثاء ، أوفى سنة أربع صوم رمضان سنة ثلاث ، لم يصح بلا خلاف ؛

السادس : عليه قضاء يوم الأول من رمضان ، فنوى قضاء اليوم الثانى ، لم يجزئه على الأصح ؛

السابع : عين زكاة ماله الغائب ، فكان تالفا لم يجزئه عن الحاضر ؛

الثامن : نوى كفارة الظهار ، فكان عليه كفارة قتل لم يجزئه .

التاسع : نوى دينا ، وبان أنه ليس عليه ، لم يقع عن غيره ؛ ذكره السبكى .

وخرج عن ذلك صور :

منها : لونوى رفع حدث النوم ، مثلا ، وكان حدثه غيره ، أورفع جنابة الجماع وجنابته باحتلام ، أو عكسه ، أورفع حدث الحيض وحدثها الجنابة ، أو عكسه ، خطأ لم يضر ؛ وصح الوضوء والغسل فى الأصح ؛

واعتذر عن خروج ذلك عن القاعدة بأن النية فى الوضوء والغسل ليست للقربة ، بل

للتميز ، بخلاف تعيين الامام والميت مثلا ، وبأن الأحداث وإن تعددت أسبابها فالمقصود منها واحد وهو المنع من الصلاة ، ولاأثر لأسبابها من نوم أوغيره :

ومنها : مالو نوى المحدث رفع الأكبر غالطا فانه يصح كما ذكره فى شرح المهذب ولم يستحضره الأسنوى ومن تابعه فنقلوه عن المحب الطبرى : وعبارة شرح المهذب لو نوى المحدث غسل أعضائه الأربعة عن الجنابة غلطا ظانا أنه جنب صح وضوءه وأما عكسه ، وهو أن ينوى الجنب رفع الأصغر غلطا فالأصح أنه يرتفع عن الوجه واليدين والرجلين فقط دون الرأس ، لأن فرضها فى الأصغر المسح فيكون هو المنوى دون الغسل ، والمسح لايغنى عن الغسل .

ومنها : إذا قلنا باشتراط نية الخروج من الصلاة ، لايشترط تعيين الصلاة التى يخرج منها ، فلو عين غير التى هو فيها خطأ ، لم يضر ، بل يسجد للسهو ويسلم ثانيا ، أو عمدا بطلت صلاته . وإن قلنا بعدم وجوبها ، لم يضر الخطأ فى التعيين مطلقا .

تنبيه : أما لووقع الخطأفى الاعتقاد دون التعيين فانه لايضر ، كأن ينوى ليلة الاثنين صوم غد ، وهو يعتقده الثلاثاء ، أو ينوى صوم غد من رمضان هذه السنة وهو يعتقدها سنة ثلاث . فكانت سنة أربع ، فانه يصح صومه :

ونظيره فى الاقتداء : أن ينوى الاقتداء بالحاضر مع اعتقاد أنه زيد ، وهو عمرو فانه يصح قطعا . صرح به الرويانى فى البحر . وفى الصلاة : لو أدى الظهر فى وقتها ، معتقدا أنه يوم الاثنين فكان الثلاثاء صح نقله فى شرح المهذب عن البغوى . قال : ولو غلط فى الأذان ، فظن أنه يؤذن للظهر ، وكانت العصر فلا أعلم فيه نقلا ، وينبغى أن يصح ، لأن المقصود الإعلام ممن هو أهله ، وقد حصل :

ولو تيمم معتقدا أن حدثه أصغر ، فبان أكبر ، أوعكسه : صح ، ولوطاف الحاج معتقدا أنه محرم بعمرة ، أوعكسه أجزأه .

تنبيه : من المشكل على ماقررناه ماصححوه من أن الذى أدرك الامام فى الجمعة بعد ركوع الثانية ينوى الجمعة . مع أنه إنما يصلى الظهر ، وعلله الرافعى بموافقة الامام قال الأسنوى: ولايخفى ضعف هذا التعليل ، بل الصواب ماذكروه فيمن لاعذر له ، إذا ترك الاحرام بالجمعة ، حتى رفع الامام من الركعة الثانية ، ثم أراد الاحرام بالظهر قبل السلام ، فانهم قالوا إن الأصح عدم انعقادها ، وعللوه بأنا تيقنا انعقاد الجمعة وشككنا فى فواتها ، إذ يحتمل أن يكون الامام قد ترك ركنا من الركعة الأولى ، ويتذكره قبل السلام ، فيأتى به : وعلى هذا فليس لنا من ينوى غير مايؤدى إلا فى هذه الصورة :

الأمر الثالث : مما يترتب على ماشرعت النية لأجله ، وهو التمييز

إشتراط التعرض للفرضية

وفى وجوبها فى الوضوء ، والغسل ، والصلاة ، والزكاة ، والصوم ، والخطبة ، وجهان : والأصح اشتراطها فى الغسل دون الوضوء ، لأن الغسل قد يكون عادة ، والوضوء لايكون إلا عبادة .

ووجه اشتراطها فى الوضوء أنه قد يكون تجديدا ، فلا يكون فرضا ، وهو قوى وفى الصلاة دون الصوم ، لأن الظهر تقع مثلا نفلا ، كالمعادة ، وصلاة الصبى ، ورمضان ، لايكون من البالغ إلا فرضا فلم يحتج إلى التقييد به .

وأما الزكاة ، فالأصح الاشتراط فيها إن أتى بلفظ الصدقة ، وعدمه إن أتى بلفظ الزكاة ، لأن الصدقة قد تكون فرضا وقد تكون نفلا ، فلا يكفى مجردها ، والزكاة لاتكون إلا فرضا . لأنها اسم للفرض المتعلق بالمال ، فلا حاجة إلى تقييدها به .

وأما الحج والعمرة فلا يشترط فيهما بلا خلاف . لأنه لو نوى النفل انصرف إلى الفرض . ويشترط فى الكفارات بلا خلاف . لأن العتق أو الصوم أو الاطعام يكون فرضا ونفلا .

إذا عرفت ذلك ، فقول ابن القاص فى التلخيص : لايجزى فرض بغير نية فرض إلا فى ثلاثة : الحج ، والعمرة ، والزكاة . يزاد عليه : والوضوء ، والصوم : فتصير خمسة . وسادس : وهو الجماعة : فانها فرض ، ولا يشترط فى نيتها الفرضية . وسابع وهو الخطبة إن قلنا باشتراط نيتها وبعدم فرضيتها .

وإن شئت قلت : العبادات فى التعرض للفرضية على أربعة أقسام : مايشترط فيه بلا خلاف ، وهو الكفارات : وما لايشترط فيه بلا خلاف ، وهو الحج والعمرة والجماعة وما يشترط فيه على الأصح ، وهو الغسل والصلاة والزكاة بلفظ الصدقة . ومالا يشترط فيه على الأصح ، وهو الوضوء والصوم والزكاة بلفظها والخطبة .

تنبيهات

الأول : لاخلاف أن التعرض لنية الفرضية فى الوضوء أكمل ، إذا لم نوجبه ، وفيه إشكال إذا وقع قبل الوقت ، بناء على أن الوضوء لايجب بالحدث .

وجوابه : أن المراد بها فعل طهارة الحدث المشروطة فى صحة الصلاة : وشرط الشىء يسمى فرضا من حيث إنه لايصح إلا به . ولو كان المراد حقيقة الفرضية ، لما صح وضوء الصبى بهذه النية .

الثانى : يختص وجوب نية الفرضية فى الصلاة بالبالغ ، أما الصبى فنقل فى شرح المهذب عن الرافعى أنه كالبالغ ، ثم قال إنه ضعيف : والصواب أنه لا يشترط

فى حقه نية الفرضية ، وكيف ينويها وصلاته لاتقع فرضا ؟

الثالث : من المشكل ماصححه الأكثرون فى الصلاة المعادة أن ينوى بها الفرض مع قولهم ، بأن الفرض لأولى ؛ ولذلك اختار فى زوائد الروضة وشرح المهذب قول إمام الحرمين : إنه ينوى للظهر أوالعصر مثلا ولا يتعرض للفرض . قال فى شرح المهذب وهو الذى تقتضيه القواعد والأدلة . وقال السبكى : لعل مراد الأكثرين أنه ينوى إعادة الصلاة المفروضة ، حتى لايكون نفلا مبتدأ .

الرابع : لا يكفى فى التيمم نية الفرضية فى الأصح : فلو نوى فرض التيمم أوالتيمم المفروض أوفرض الطهارة لم يصح . وفى وجه يصح كالوضوء . قال إمام الحرمين : والفرق أن الوضوء مقصود فى نفسه ولهذا استحب تجديده ، بخلاف التيمم .

قلت : والأولى عندى أن يقال : إن التمييز لا يحصل بذلك ، لأن التيمم عن الحدث والجنابة فرض ، وصورته واحدة ، بخلاف الوضوء والغسل ، فانهما يتميزان بالصورة .

وإنما قلت هذا ليتخرج على قاعدة التمييز كما قال الشيخ عز الدين : إنما شرعت النية فى التيمم ، وإن لم يكن متلبسا بالعادة ، لتمييز رتبته . فإن التيمم عن الحدث الأصغر عين التيمم عن الأكبر ، وهما مختلفان .

الخامس : لايشترط فى الفرائض تعيين فرض العين بلاخلاف . وكذا صلاة الجنازة لايشترط فيها نية فرض الكفاية على الأصح . والثانى يشترط ، لتتميز عن فرض العين .

الأمر الرابع : اشتراط الأداء والقضاء . وفيهما فى الصلاة أوجه :

أحدها : الاشتراط ، واختاره إمام الحرمين ، طرد لقاعدة الحكمة التى شرعت لها النية ، لأن رتبة إقامة الفرض فى وقته تخالف رتبة تدارك الفائت ، فلابد من التعرض فى كل منهما للتمييز .

والثانى : تشترط نية القضاء دون الأداء ، لأن الأداء يتميز بالوقت ، بخلاف القضاء .

والثالث : إن كان عليه فائتة اشترط فى المؤداة نية الأداء ، وإلا فلا . وبه قطع الماوردى .

والرابع . وهو الأصح لايشترطان مطلقا ، لنص الشافعى على صحة صلاة المجتهد فى يوم الغيم ، وصوم الأسير إذا نوى الأداء ، فبانا بعد الوقت . وللأولين أن يجيبوا بأنهما معذوران . وأما غير الصلاة فقل من تعرض له .

وقد بسط العلائى الكلام فى ذلك فى كتابه (فصل القضاء فى الأداء والقضاء) فقال : مالايوصف من العبادات بأداء ولاقضاء ، فلا ريب فى أنه لايحتاج إلى نية أداء ولاقضاء ، ويلحق بذلك ماله وقت محدود ، ولكنه لايقبل القضاء كالجمعة فلايحتاج فيها إلى نية الأداء إذ لايلتبس بها قضاء فتحتاج إلى نية مميزة . وأما سائر النوافل التى تقضى ، فهى كبقية الصلوات فى جريان الخلاف : وأما الصوم فالذى يظهر ترجيحه أن نية القضاء لابد منها . وقد صرح به

فى التتمه ، فجزم باشتراط التعرض فيه لنية القضاء دون الأداء ، لتمييزه بالوقت انتهى .

قلت : وقد ذكر الشيخان فى الصوم الخلاف فى نية الأداء ، وبقى الحج والعمرة . ولا شك أنهما لا يشترطان فيهما . إذ لو نوى بالقضاء الأداء لم يضره وانصرف إلى القضاء ، ولو كان عليه قضاء حج أفسده فى صباه أو رقه ، ثم بلغ أو عتق فنوى القضاء ، انصرف إلى حجة الإسلام وهى الأداء .

وأما صلاة الجنازة فالذى يظهر أنه يتصور فيها الأداء والقضاء لأن وقتها محدود بالدفن . فإن صح أنها بعده قضاء فلا يبعد جريان الخلاف فيهما .

وأما الكفارة فنص الشافعى فى كفارة الظهار على أنها تصير قضاء إذا جامع قبل أدائها . ولا شك فى عدم الاشتراط فيها .

وأما الزكاة فيتصور القضاء فيها فى زكاة الفطر . والظاهر أيضا عدم الاشتراط . وإذا ترك رمى يوم النحر أو يوم آخر تداركه فى باقى الأيام ، ولا دم . وهل هو أداء أو قضاء ؟ سيأتى الكلام فيه فى مبحثه .

الأمر الخامس مما يترتب على التمييز : الاخلاص

ومن ثم لم تقبل النيابة ، لأن المقصود اختبار سر العبادة : قال ابن القاص وغيره : لا يجوز التوكيل فى النية إلا فيما اقترنت بفعل ، كتفرقة زكاة ، وذبح أضحية ، وصوم عن الميت وحج . وقال بعض المتأخرين : الاخلاص أمر زائد على النية لا يحصل بدونها . وقد تحصل بدونه . ونظر الفقهاء قاصر على النية ، وأحكامهم إنما تجرى عليها . وأما الاخلاص فأمره إلى الله . ومن ثم صححوا عدم وجوب الإضافة إلى الله فى جميع العبادات .

ثم للتشريك فى النية نظائر ، وضابطها قسام :

الأول : أن ينوى مع العبادة ما ليس بعبادة ، فقد يبطلها : ويحضرنى منه صورة : وهى ما إذا ذبح الأضحية لله ولغيره ، فانضمام غيره يوجب حرمة الذبيحة ، ويقرب من ذلك ما لو كبر للاحرام مرات ونوى بكل تكبيرة افتتاح الصلاة ، فانه يدخل فى الصلاة بالأوتار ، ويخرج بالأشفاع ، لأن من افتتح صلاة ثم افتتح أخرى بطلت صلاته ، لأنه يتضمن قطع الأولى . فلو نوى الخروج بين التكبيرتين خرج بالنية ودخل بالتكبيرة ، ولو لم ينو بالتكبيرات شيئا ، لا دخولا ولا خروجا : صح دخوله بالأولى ، والبواقى ذكر ، وقد لا يبطلها . وفيه صور :

منها : ما لو نوى الوضوء أو الغسل والتبرد ، ففى وجه لا يصح للتشريك ، والأصح الصحة ، لأن التبرد حاصل ، قصده أم لا ، فلم يجعل قصده تشريكا وتركا للاخلاص ،

بل هو قصد للعبادة على حسب وقوعها ، لأن من ضرورتها حصول التبرد .

ومنها : مالو نوى الصوم ، أو الحمية أو التداوى ، وفيه الخلاف المذكور .

ومنها : مالو نوى الصلاة ودفع غريمه صحت صلاته ، لأن اشتغاله عن الغريم لايفتقر إلى قصد، وفيه وجه خرجه ابن أخى صاحب الشامل من مسألة التبرد .

ومنها : او نوى الطواف وملازمة غريمه ، أو السعى خلفه ، والأصح الصحة ، لما ذكر ، فلو لم يفرد الطواف بنية لم يصح ، لأنه إنما يصح بدونها . لانسحاب حكم النية فى أصل النسك عليه . فاذا قصد ملازمة الغريم كان ذلك صارفا له ولم يبق للاندراج أثر كما سيأتى .

ونظير ذلك فى الوضوء : أن تعزب نية رفع الحدث ثم ينوى التبرد أو التنظيف . والأصح أنه لايحسب المغسول حينئذ من الوضوء .

ومنها : ما حكاه النووى عن جماعة من الأصحاب فيمن قال له إنسان : صل الظهر ولك دينار ، فصلى بهذه النية ، أنه تجزئه صلاته ، ولا يستحق الدينار ، ولم يحك فيها خلافه .

ومنها : ماإذا قرأ فى الصلاة آية وقصد بها القراءة والإفهام ، فإنها لاتبطل ، ومنها(١) :

تنبيه : ماصححوه من الصحة فى هذه الصور هو بالنسبة إلى الإجزاء . وأما الثواب فصرح ابن الصباغ بعدم حصوله فى مسئلة التبرد نقله فى الخادم : ولا شك أن مسئلة الصلاة والطواف أولى بذلك .

ومن نظائر ذلك : مسألة السفر للحج والتجارة . والذى اختاره ابن عبد السلام أنه لاأجر له مطلقا ، تساوى القصدان أم لا . واختار الغزالى اعتبار الباعث على العمل . فان كان القصد الدنيوى هو الأغلب لم يكن فيه أجر ، وإن كان الدينى أغلب كان له الأجر بقدره ، وإن تساويا تساقطا .

قلت : المختار قول الغزالى ، فنى الصحيح وغيره « أن الصحابة تأثموا أن يتجروا فى الموسم بمنى فنزلت (ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم) فى مواسم الحج » .

القسم الثانى : أن ينوى مع العبادة المفروضة عبادة أخرى مندوبة . وفيه صور :

منها : مالا يقتضى البطلان ، ويحصلان معا : ومنها مايحصل الفرض فقط . ومنها مايحصل النفل فقط . ومنها: مايقتضى البطلان فى الكل .

فمن الأول : أحرم بصلاة ونوى بها الفرض والتحية ، صحت ، وحصلا معا . قال فى شرح المهذب : اتفق عليه أصحابنا ، ولم أر فيه خلافا بعد البحث الشديد سنين . وقال الرافعى وابن الصلاح : لابد من جريان خلاف فيه ، كمسئلة التبرد . قال النووى: والفرق

---

(١) بياض بالأصل ، فصححه .

ظاهر ، فإن الذى اعتمده الأصحاب فى تعليل البطلان فى مسألة التبرد هو التشريك بين القربة وغيرها : وهذا مفقود فى مسألة التحية : فإن الفرض والتحية قربتان ، إحداها : تحصل بلا قصد ، فلا يضر فيها القصد ، كما لو رفع الإمام صوته بالتكبير ليسمع المأمومين ، فان صلاته صحيحة بالإجماع : وإن كان قصد أمرين ، لكنهما قربتان . انتهى :

وى بغسله غسل الجنابة والجمعة ، حصلا جميعا ؛ على الصحيح ، وفيه وجه . والفرق بينه وبين التحية حيث لم يجر فيها أنها تحصل ضمنا ولولم ينوها ، وهذا بخلافها .

نوى بسلامه الخروج من الصلاة والسلام على الحاضرين حصلا .

نوى حج الفرض وقرنه بعمرة تطوع أو عكسه حصلا :

ولو نوى بصلاته الفرض وتعلم الناس جاز للحديث ذكره السنجى فى شرح التلخيص.

صام فى يوم عرفة مثلا قضاء أو نذرا ، أو كفارة ، ونوى معه الصوم عن عرفة ، فأفتى البارزى بالصحة والحصول عنهما . قال : وكذا إن أطلق . فألحقه بمسألة التحية . قال الأسنوى : وهو مردود . والقياس أن لا يصلح فى صورة التشريك واحد منهما : وأن يحصل الفرض فقط فى صورة الاطلاق :

ومن الثانى : نوى بحجه الفرض والتطوع ، وقع فرضا ، لأنه لونوى التطوع انصرف إلى الفرض .

صلى الفائتة فى ليالى رمضان ، ونوى معها التراويح : ففى فتاوى ابن الصلاح حصلت الفائتة دون التراويح . قال الأسنوى : وفيه نظر ، لأن التشريك مقتض الإبطال.

ومن الثالث : أخرج خمسة دراهم ، ونوى بها الزكاة وصدقة التطوع ، لم تقع زكاة ووقعت صدقة تطوع بلا خلاف .

عجز عن القراءة فانتقل إلى الذكر فأتى بالتعوذ ودعاء الاستفتاح ، قاصدا به السنة والبدلية لم يحسب عن الفرض ، جزم به الرافعى :

خطب بقصد الجمعة والكسوف لم يصح للجمعة ، لأنه تشريك بين فرض ونفل ، جزم به الرافعى .

ومن الرابع : كبر المسبوق والإمام راكع تكبيرة واحدة ، ونوى بها التحرم والهوى إلى الركوع ، لم تنعقد الصلاة أصلا ، للتشريك . وفى وجه : تنعقد نفلا ، كمسألة الزكاة . وفرق بأن الدراهم لم تجزئه عن الزكاة ، فبقيت تبرعا : وهذا معنى صدقة التطوع : وأما تكبيرة الاحرام فهى ركن لصلاة الفرض والنفل معا ، ولم يتمحض هذا التكبير للاحرام فلم ينعقد فرضا ، وكذا نفلا ، إذ لا فرق بينهما فى اعتبار تكبيرة الاحرام :

نوى بصلاته الفرض والراتبة ، لم تنعقد أصلا :

القسم الثالث : أن ينوى مع المفروضة فرضا آخر : قال ابن السبكى : ولا يجزئ ذلك إلا فى الحج والعمرة :

قلت : بل لها نظير آخر . وهو أن ينوى الغسل والوضوء معا ، فانهما يحصلان على الأصح : وفى قول نص عليه فى الأمالى لايحصلان ، لأنهما واجبان مختلفان ، فلا يتداخلان ، كالصلاتين :

ولو طاف بنية الفرض والوداع صح للفرض . وهل يكفى للوداع ؟ حتى لو خرج عقبه أجزأه ولا يلزمه دم ؟ لم أر فيه نقلا صريحا ، وهو محتمل ، وربما يفهم من كلامهم أنه لايكفى :

وما عدا ذلك إذا نوى فرضين بطلا ، إلا إذا أحرم بحجتين أو عمرتين ، فانه ينعقد واحدة :وإذا تيمم لفرضين ، صح لواحد على الأصح .

(تذنيب) يشبه ذلك ماقيل : هل يتصور وقوع حجتين فى عام ؟ وقد قال الأسنوى : إنه ممنوع : وما قيل فى طريقه من أنه يدفع بعد نصف الليل ، فيرمى ويحلق ويطوف ، ثم يحرم من مكة ويعود قبل الفجر إلى عرفات ، مردود بأنهم قالوا : إن المقيم بمنى للرمى لاتنعقد عمرته ، لاشتغاله بالرمى ، والحاج بقى عليه رمى أيام منى : قال : وقد صرح باستحالة وقوع حجتين فى عام جماعة ، منهم الماوردى ، وكذلك أبو الطيب . وحكى فيه الإجماع : ونص عليه الشافعى فى الأم :

الرابع : أن ينوى مع النفل نفلا آخر ، فلا يحصلان : قاله القفال : ونقض عليه بنيته الغسل للجمعة والعيد ، فانهما يحصلان .

قلت : وكذا لو اجتمع عيد وكسوف ، خطب لهما خطبتين ، بقصدهما جميعا : ذكره فى أصل الروضة ، وعلله بأنهما سنتان ، بخلاف الجمعة والكسوف . وينبغى أن يلحق بها مالو نوى صوم يوم عرفة والاثنين مثلا ، فيصح ، وإن لم نقل بما تقدم عن البارزى فيما لو نوى فيه فرضا لأنهما سنتان ، لكن فى شرح المهذب فى مسألة اجتماع العيد والكسوف أن فيما قالوه نظرا ، قال : لأن السنتين إذا لم تدخل إحداهما فى الأخرى لاينعقد عند التشريك بينهما ، كسنة الضحى وقضاء سنة الفجر ، بخلاف تحية المسجد وسنة الظهر مثلا ، لأن التحية تحصل ضمنا :

الخامس : أن ينوى مع غير العبادة شيئا آخر غيرها ، وهما مختلفان فى الحكم .

ومن فروعه : أن يقول لزوجته : أنت على حرام ، وينوى الطلاق والظهار ، فالأصح أنه يخير بينهما ، فما اختاره ثبت : وقيل : يثبت الطلاق لقوته : وقيل : الظهار ، لأن الأصل بقاء النكاح :

المبحث الرابع : فى وقت النية

الأصل أن وقتها أول العبادات ونحوها : وخرج عن ذلك الصوم ، فجوز تقديم نيته على أول الوقت ، لعسر مراقبته . ثم سرى ذلك إلى أن وجب : فلو نوى مع الفجر لم يصح فى الأصح .

قلت : وعلى حده جواز تأخير نية صوم النفل عن أوله : وبقى نظائر يجوز فيها تقديم النية على أول العبادة .

منها : الزكاة ، فالأصح فيها جواز التقديم للنية على الدفع للعسر ، قياسا على الصوم وفى وجه : لايجوز ، بل يجب حالة الدفع إلى الأصناف ، أو الإمام ، كالصلاة .

ومنها : الكفارة . وفيها الوجهان فى الزكاة . وذكر فى الفرق بين الزكاة والكفارة وبين الصلاة أنهما يجوز تقديمهما على وجوبهما فجاز تقديم نيتهما ، بخلاف الصلاة وأنهما تقبلان النيابة ، بخلافها .

قلت : الأول ينتقض بالصوم ، والثانى بالحج :

ومنها : الجمع ، فإن نيته فى الصلاة الأولى ، ولو كان فى أول العبادة لكان فى أول الصلاة الثانية ، لأنها المجموعة : وإن جعلت الأولى أول العبادة فهو مما جاز فيه التأخير عن أولها ، لأن الأظهر جواز النية فى أثنائها ، ومع التحلل منها . وفى قول : لايجوز إلا فى أول الأولى . وفى وجه : لايجوز مع التحلل . وفى آخر : يجوز بعده قبل الاحرام بالثانية قال فى شرح المهذب : وهو قوى :

ومنها : نية التمتع على الوجه القائل به ، وفيه الأوجه فى الجمع ، فالأصح أن وقتها مالم يفرغ من العمرة ، والثانى : حالة الاحرام بها ، والثالث : بعد التحلل منها ، مالم شرع فى الحج .

ومنها : نية الأضحية ، يجوز تقديمها على الذبح ، ولا يجب اقترانها به فى الأصح . ويجوز عند الدفع إلى الوكيل فى الأصح .

ومنها : فى غير العبادات نية الاستثناء فى اليمين ، فانها تجب قبل فراغ اليمين ، مع وجوبها فى الاستثناء أيضا .

فرع

مما جرى على هذا الأصل من اعتبار النية أول الفعل : مانقله فى الروضة وأصلها عن فتاوى البغوى ، وأقره : أنه لو ضرب زوجته بالسوط عشر ضربات ، فصاعدا متوالية فماتت : فان قصد فى الابتداء العدد المهلك وجب القصاص ، وإن قصد تأديبها بسوطين أو ثلاثة ، ثم بدا له فجاوز فلا ، لأنه اختلط العمد بشبه العمد .

تنبيهات

الأول : ماأوله من العبادات ذكر ، وجب اقترانها بكل اللفظ . وقيل : يكفى بأوله . فمن ذلك الصلاة . ومعنى اقترانها بكل التكبير : أن يوجد جميع النية المعتبرة عند كل حرف منه . ومعنى الاكتفاء بأوله : أنه لايجب استصحابها إلى آخره : واختاره الإمام والغزالى .

ونظير ذلك : نية كناية الطلاق . وفيها الوجهان : قال فى المنهاج : وشرط نية الكناية اقترانها بكل اللفظ . وقيل : يكفى بأوله : ورجح فى أصل الروضة خلافهما فقال : ولو اقترنت بأول اللفظ دون آخره ، أو عكسه طلقت فى الأصح . والذى فى الشرح نقل ترجيح الوقوع فى اقترانها بأوله عن الامام والغزالى : قال : وسكتا عن الترجيح فى اقترانها بآخره خاصة ، وهو يشعر بأنهما رأيا فيه البطلان : وفى الشرح الصغير فى الأولى الأظهر الوقوع . وميل الإمام فى الثانية إلى ترجيح عدمه ، ثم حكى الرافعى عن المتولى أنه قرب الخلاف فى الأولى من الخلاف فيما إذا اقترنت نية الصلاة بأول التكبير ، دون آخره . والخلاف فى الثانية من الخلاف فى نية الجمع فى أثناء الصلاة . قال الرافعى : وقضيته أنه إذا كان الوقوع فى أولى أظهر ، ففى الثانية أولى ، لأن الأظهر فى اقتران النية بأول التكبير عدم الانعقاد ، وفى الجمع الصحة ، وهذا هو الذى حمل النووى على تصحيح الوقوع فيهما :

وهنا دقيقة : وهو أن الرافعى مثل اقترانها بأوله دون آخره : بأن توجد عند قوله « أنت » وقال فى المهمات : المعتبر اقترانها بلفظ الكناية : إما كله وإما بعضه ، لأن القصد منها تفسير إرادة الطلاق به ، فلا عبرة باقترانها بلفظ « أنت » قال : وقد صرح بهذا البندنيجى والماوردى وغيرهما .

قلت : ونظير ذلك فى الصلاة أن يقال المعتبر اقترانها باللفظ الذى يتوقف الانعقاد عليه ، وهو « الله اكبر » فلو قال : الله الجليل أكبر ، فهل يجب اقترانها بالجليل ؟ محل نظر ، ولم أر من ذكره : وفى الكواكب للأسنوى : إذا كتب : زوجتى طالق ، ونوى وقع الطلاق فى الأصح : قال : والقياس اشتراط النية فى جميع اللفظ الذى لابد منه ، لا فى لفظ الطلاق خاصة ، لأنا إنما اشترطنا النية فيه لكونه غير ملفوظ به ، لا لانتفاء الصراحة فيه . وهذا المعنى موجود فى الجميع ، وحينئذ فينوى الزوجة حين يكتب « زوجتى » والطلاق ، حين يكتب « طالق » انتهى :

ونظير ذلك أيضا : كنايات البيع وسائر العقود ، قال فى الخادم : سكتوا عن وقتها : ويحتمل أن يأتى فيها مافى الطلاق ، ويحتمل المنع ، واشتراط وجودها فى جميع اللفظ ،

ويفرق بأن الطلاق مستقل بنفسه ، بخلاف البيع ونحوه .

ومن ذلك الوضوء والغسل ، فيستحب اقتران النية فيهما بالتسمية ، كما صرح به في شرح المهذب . وعبارته في باب الغسل : ويستحب أن يبتدئ بالنية مع التسمية ، ولم يستحضره الأسنوى فنقله عن المحب الطبرى : وعبارته : والأولى أن تقارنها النية ، لأن تقديم النية عليها يؤدى إلى خلو بعض الفرائض عن التسمية ، والعكس يؤدى إلى خلو بعض السنن عن النية :

ومن ذلك : الإحرام ، فينبغي أن يقال بمقارنة النية التلبية ، وهو ظاهر ، كما يفهم من كلامهم وإن لم يصرحوا به .

ومن ذلك : الطواف ، وينبغي اقتران نيته بقوله « بسم الله والله أكبر » .

ومن ذلك : الخطبة ، إن أوجبنا نيتها ، والظاهر وجوب اقترانها بقوله «الحمد لله» لأنه أول الأركان .

التنبيه الثانى : قد يكون للعبادة أول حقيقى ، وأول نسبى ، فيجب اقتران النية بهما :

من ذلك : التيمم ، فيجب اقتران نيته بالنقل ، لأنه أول المفعول من أركانه ، وبمسح الوجه ، لأنه أول الأركان المقصودة ، والنقل وسيلة إليه .

ومن ذلك : الوضوء والغسل ، فيجب للصحة اقتران نيتهما بأول مغسول من الوجه والبدن ، ويجب للثواب اقترانهما بأول السنن السابقة ، ليثاب عليها ، فلو لم يفعل لم يثب عليها في الأصح لأنه لم ينوها .

وفى نظيره من الصوم : لو نوى أثناء النهار حصل له ثواب الصوم من أوله ، وخرج منه وجه في الوضوء ، لأنه من جملة طهارة منوية ، ولكن فرق بأن الصوم خصلة واحدة فاذا صح بعضها صح كلها والوضوء أفعال متغايرة ، فالانعطاف فيها بعيد ، وبأنه لا ارتباط لصحة الوضوء بما قبله ، بخلاف إمساك أول النهار .

والوجهان جاريان فيمن أكل بعض الأضحية وتصدق ببعضها ، هل يثاب على الكل أو على ما تصدق به ؟ قال الرافعى : وينبغى أن يقال : له ثواب التضحية بالكل والتصدق بالبعض .

ومن نظائر ذلك : نية الجماعة في الأثناء ، أما في أثناء صلاة الامام وفى أول صلاة المأموم فلا شك في حصول الفضيلة ، لكن هل هى فضيلة الجماعة الكاملة أولا ؟ سيأتى تحرير القول في ذلك . فان قلنا بالأول ، فقد عادت النية بالانعطاف : وبه صرح بعض شراح الحديث : وأما في أثناء صلاة المأموم ، فان الصلاة تصح في الأظهر ، لكن تكره

كما فى شرح المهذب . وأخذ من ذلك بعض المحققين عدم حصول الفضيلة بالكلية ، لا أصلا ولا انعطافا ، وسيأتى .

ومن النظائر المهمة : وقت نية الامامة ، ولم يتعرض الشيخان لهذه المسألة ، وفيها اختلاف . قال صاحب البيان : عند حضور من يريد الاقتداء به ، لأنه قبل ذلك ليس بإمام . وارتضاه ابن الفركاح . فعلى هذا : يأتى الانعطاف . وقال الجوينى : عند التحرم قال الأذرعى : وهو الصواب ، ومقتضى كلام الأصحاب .

قلت : صدق وبر ، فإن الأصحاب صححوا اشتراطها فى الجمعة ، فلو لم يأت بها فى التحرم لم تنعقد جمعته .

ومنها : وقت نية الاغتراف ، هل هو عند وضع يده فى الماء ، أو عند انفصاله ؟ قال فى الخادم : ينبغى أن يتخرج على الوجهين المحكيين عن القاضى حسين : أن الماء هل يحكم باستعماله إذا لم ينوها من إدخال اليد ، أومن انفصالها عن الماء ؟ . قال : والأشبه الثانى .

التنبيه الثالث : العبادات ذات الأفعال يكتفى بالنية فى أولها ، ولا يحتاج إليها فى كل فعل ، اكتفاء بانسحابها عليها ، كالوضوء والصلاة ، وكذا الحج ، فلا يحتاج إلى إفراد الطواف والسعى والوقوف بنية على الأصح .

ثم منها مايمنع فيه ذلك ، ومنها مالا يمنع ، ومنها مايشترط أن لايقصد غيره ، ومنها مالا يشترط .

من الأول الصلاة ، فلا يجوز تفريق النية على أركانها . ومن الثانى : الحج فيجوز نية الطواف والسعى والوقوف ، بل هو الأكمل : وفى الوضوء وجهان : أحدهما لايجوز كالصلاة ، والأصح الجواز . والفرق أن الوضوء يجوز تفريق أفعاله ، فجاز تفريق نيته ، بخلاف الصلاة .

ولتفريق النية فيه صور : الأولى أن ينوى عند كل عضو رفع حدثه : الثانية : أن ينوى رفع حدث المغسول دون غيره . الثالثة : أن ينوى رفع الحدث عند كل عضو ويطلق صرح بها ابن الصلاح .

ومن الثالث : الوضوء والصلاة والطواف والسعى ، فلو عزبت نيته ثم نوى التبرد لم يحسب المفعول حتى يجدد النية ، أو هوى لسجود تلاوة فجعله ركوعا ، أو ركع ففزع من شىء ، فرفع رأسه ، أو سجد فشاكته شوكة فرفع رأسه ، لم يجزه فعليه العود واستئناف الركوع والرفع . ولو طاف للحج بلانية وقصد ملازمة غريمه لم يحسب عن الطواف .

ومن ذلك : مسألة الحامل : فاذا حمل محرم عليه طواف محرما ، وطاف به وقصد الحامل الطواف عن المحمول فقط دون نفسه ، وقع للمحمول فقط ، على الأصح . لأنه

صرف الطواف لغرض آخر ، ولو قصد نفسه ، أو كليهما ، وقع للحامل فقط . وكذا لو لم يقصد شيئا ، كما فى شرح المهذب . ولو نام فى الطواف على هيئة لاتنقض الوضوء قال إمام الحرمين : هذا يقرب من صرف النية إلى طلب الغريم . قال : ويجوز أن يقطع بصحة الطواف ، لأنه لم يصرف الطواف إلى غير النسك ، ولا يضر كونه غير ذاكرها. قال النووى : وهذا أصح .

قلت : ونظيره فى الوضوء ، لو نام قاعدا ، ثم انتبه فى مدة يسيرة ، لم يجب تجديد النية فى الأصح ، كما فى شرح المهذب ولو أمر بصب الماء فى وضوئه ، فصب عليه ناسيا بعد ما غسل بعض أعضائه بنفسه فانه يصح ذكره فيه أيضا .

ومن الرابع : الوقوف ، فالأصح أنه لايضر صرفه إلى غيره ، فلو مر بعرفات فى طلب آبق أو ضالة ، ولا يدرى أنها عرفات صح وقوفه . قال الامام : والفرق بينه وبين مسألة صرف الطواف ، أن الطواف قد يقع قربة مستقلة ، بخلاف الوقوف ، ولهذا لو حمله فى الوقوف أجزأ عنهما مطلقا ، بخلاف الطواف .

(تنبيه) من مشكلات هذا الأصل : ماسمعته من بعض مشايخى ، أن الأصح إيجاب نية سجود السهو : دون نية سجود التلاوة فى الصلاة ، وعلل الأخير بأن نية الصلاة تشمله وعندى : أن العكس كان أولى ، لأن سجود السهو أعلق بالصلاة من سجود التلاوة ، لأنه آكد بدليل أنه يشرع للمأموم إذا سها الإمام ولم يسجد ، بخلاف ما إذا تلا الامام ولم يسجد والذى يظهر لى فى توجيه ذلك ، إن صح أن يقال : التلاوة من لوازم الصلاة ، فكأن الناوى عند نيتها مستحضر لها ، وفى ذكره تعرض لها ، وليس السهو نفسه من لوازم الصلاة ، بل وقوعه فيها خلاف الغالب ، فلم يكن فى النية إيماء إليه ولا ادكار .

ونظير ذلك : فدية المحظورات فى الحج والعمرة ، فإنها لابد لها من النية . ولا يقال : يكتفى بنية الاحرام ، لأنها ليست من لوازم الاحرام ، ولا من ضرورياته . بخلاف طواف القدوم مثلا ، فانه وإن لم يكن من ماهية الحج ، ولا أبعاضه ، ولا هيئاته ، بل هو أجنبى منه محض ، لكنه من لوازمه . فلذلك لايشترط له نية ، كما صرح به الشيخ أبو حامد . ونقله عنه ابن الرفعة : اكتفاء بنية الحج ، فهو نظير سجود التلاوة فى الصلاة. ثم إنى تتبعت كلام الشيخين وغيرهما فلم أر أحدا ذكر وجوب النية فى سجود السهو إلا على القول القديم ، أن محله بعد السلام . أما على الجديد الأظهر فلم يذكروا ذلك أصلا ، بل صرحوا بخلافه : فقالوا فيما إذا سلم ناسيا ثم عاد للسجود هل يكون عائدا إلى الصلاة ؟ وجهان . أصحهما : نعم . والثانى : لا . فان قلنا : نعم ، لم يحتج إلى تحرم ، وإلا احتاج إليه ، وهذا كلام لاغبار عليه ، والتقليد آفة كبيرة .

ومن ذلك : الوضوء المسنون فى الغسل . قال الرافعى : وإنما يعد الوضوء من مندوبات

الغسل إذا كان جنبا غير محدث ، أو قلنا بالاندراج ، وإلا فلا. وعلى هذا يحتاج إلى إفراده بنية ، لأنه عبادة مستقلة : وعلى الأصح : لا - قال الأسنوى : ومقتضاه أن نية الغسل تكفى فيه ، كما تكفى نية الوضوء فى حصول المضمضة والاستنشاق . وبه صرح ابن الرفعة فى الكفاية . ورأيته فى شرح المفتاح لأبى خلف الطبرى . قال : وهو عجيب ، فان نية الغسل على هذا التقدير لابد أن تقارن أول هذا الوضوء ، إذ لو تأخرت عنه لم يكن المأتى به وضوءا ، بل ولا عبادة . ونية الغسل فقط لاتكفى ، بل لابد أن ينوى الغسل من الجنابة أو نحوه : وإذا أتى بذلك ارتفعت الجنابة عن المغسول من أعضاء الوضوء بلا نزع ، وجود الشرائط ، فيكون المأتى به غسلا لاوضوءا ، وليس ذلك كالمضمضة والاستنشاق . فان محلهما غير محل الواجب . فظهر اندفاع ماقالوه : قال : فالصواب ماذكره النووى فى الروضة وغيرها : أنه إن تجردت الجنابة عن الحدث نوى بوضوئه سنة الغسل ، وإن اجتمعا نوى به رفع الحدث الأصغر ، ليخرج من الخلاف ؛ وسبقه إليه ابن الصلاح .

ومن ذلك : الأغسال المسنونة فى الحج . أما الغسل لدخول مكة ، فصرح فى التتمة بأنه لايحتاج إلى نية ؛ لأن نية الحج تشمله . وقياسه أن يكون غسل الوقوف وما بعده كذلك . وأما غسل الاحرام فجزم الإمام بعدم احتياجه إلى النية أيضا . ثم قال : وفيه أدنى نظر . وفى الذخائر : فى صحة غسل الاحرام من الحائض دليل أنه لايحتاج إلى نية . قال : ويفرق بينه وبين غسل الجمعة بأن الاحرام من سننه ، ونية الحج مشتملة على جميع أفعاله فرضا وسنة فلا يحتاج إلى نية ، بخلاف غسل الجمعة فانه سنة مستقلة وليس جزءا من الصلاة :

ورد هذا بأنه إنما يصح لو نوى الإحرام أولا . والسنة تقديم الغسل ، فلا تنعطف عليه النية .

ولهذا صحح فى الروضة وأصلها احتياجه إلى النية ، وإن كان فرض المسئلة فى الحائض فقط .

وقال ابن الرفعة : ينبغى أن يبنى ذلك على انعطاف النية فى الوضوء : فإن قلنا به فكذلك هنا ، فلا يحتاج إلى النية ، وإلا فلا .

ومن ذلك : ركعتا الطواف ، يشترط فيهما النية قطعا ، ولا ينسحب عليهما نية الإحرام لأنها محض صلاة ، فافتقرت إليها ؛ بخلاف الطواف . فإنه بالوقوف أشبه ، ولأنها تابعة للطواف وهو تابع للاحرام ، فلا تنسحب نيته على تابع التابع ، وهذا تعليل حسن ظريف ، له نظير فى العربية :

ومن ذلك : طواف الوداع . وقد حكى السنجى فى شرح التلخيص عن القفال أنه

لايحتاج إلى النية ، كسائر الأركان . وجزم ابن الرفعة بأنه يحتاج إليها، لأنه يقع بعد التحلل التام . قال فى الخادم : وينبغى أن يتخرج على الخلاف فى أنه من المناسك أم لا ؟ .

تنبيه : تشترط النية فى طواف النذر والتطوع ، بلا خلاف ، لانتفاء العلة وهى الاندراج . وعلى هذا يقال : لنا عبادة تجب النية فى نفلها دون فرضها ، وهو الطواف ولا نظير لذلك .

خاتمة : من نظائر هذا الأصل : أن نية التجارة إذا اقترنت بالشراء صار المشترى مال تجارة ولا تحتاج كل معاملة إلى نية جديدة ، لانسحاب حكم النية أولا عليه .

المبحث الخامس فى محل النية

محلها القلب فى كل موضع ، لأن حقيقتها القصد مطلقا . وقيل : المقارن للفعل ؛ وذلك عبارة عن فعل القلب . قال البيضاوى : النية عبارة عن انبعاث القلب نحو ما يراه موافقا من جلب نفع أو دفع ضر ، حالا أو مآلا ، والشرع خصصه بالارادة المتوجهة نحو الفعل لابتغاء رضا الله تعالى، وامتثال حكمه .

والحاصل أن هنا أصلين : الأول : أنه لايكفى التلفظ باللسان دونه . والثانى : أنه لايشترط مع القلب التلفظ .

أما الأول فمن فروعه : لو اختلف اللسان والقلب ، فالعبرة بما فى القلب ، فلو نوى بقلبه الوضوء وبلسانه التبرد ، صح الوضوء ، أو عكسه فلا ، وكذا لو نوى بقلبه الظهر وبلسانه العصر ، أو بقلبه الحج وبلسانه العمرة ، أو عكسه صح له ما فى القلب .

ومنها : إن سبق لسانه إلى لفظ اليمين بلا قصد فلا تنعقد ، ولا يتعلق به كفارة ، أو قصد الحلف على شىء فسبق لسانه إلى غيره ، هذا فى الحلف بالله ، فلو جرى مثل ذلك فى الايلاء أو الطلاق أو العتاق ، لم يتعلق به شىء باطنا ، ويدين ، ولا يقبل فى الظاهر ، لتعلق حق الغير به .

وذكر الامام فى الفرق : أن العادة جرت بإجراء ألفاظ اليمين بلا قصد ، بخلاف الطلاق والعتاق فدعواه فيهما تخالف الظاهر فلا يقبل .

قال : وكذا لو اقترن باليمين ما يدل على القصد .

وفى البحر : أن الشافعى نص فى البويطى على أن من صرح بالطلاق أو الظهار أو العتاق ، ولم يكن له نية ، لايلزمه فيما بينه وبين الله تعالى طلاق ولا ظهار ولا عتق .

ومنها : أن يقصد لفظ الطلاق أو العتق دون معناه الشرعى ، بل يقصد معنى له آخر أو يقصد ضم شىء إليه يرفع حكمه ، وفيه فروع بعضها يقبل فيه ، وبعضها لا ، وكلها لاتقتضى الوقوع فى نفس الأمر ، لفقد القصد القلبى .

قال الفورانى فى الابانة : الأصل أن كل من أفصح بشىء وقبل منه ، فاذا نواه قبل

فيما بينه وبين الله تعالى دون الحكم ، وقال نحوه القاضى حسين والبغوى ، والامام فى النهاية وغيرهم .

وهذه أمثلته : قال : أنت طالق ، ثم قال : أردت من وثاق ، ولا قرينة ، لم يقبل فى الحكم ويدين فان كان قرينة ، كأن كانت مربوطة فحلها ، وقال ذلك ، قبل ظاهرا

مر بعبد له على مكاس ، فطالبه بمكسه ، فقال : إنه حر وليس بعبد ، وقصد التخلص لا العتق ، لم يعتق فيما بينه وبين الله تعالى كذا فى فتاوى الغزالى قال الرافعى : وهو يشير إلى أنه لا يقبل ظاهرا . قال فى المهمات : وقياس مسألة الوثاق ، أن يقبل ، لأن مطالبة المكاس قرينة ظاهرة فى إرادة صرف اللفظ عن ظاهره .

ورد بأنه ليس قرينة دالة على ذلك ، وإنما نظير مسألة الوثاق ، أن يقال له : أمتك بغى ، فيقول : بل حرة ، فهو قرينة ظاهرة على إرادة العفة لا العتق انتهى .

زاحمته امرأة ، فقال تأخرى ياحرة ، وكانت أمته وهو لا يشعر ، أفتى الغزالى بأنها لا تعتق . قال الرافعى : فان أراده فى الظاهر فيمكن أن يفرق بأنه لا يدرى من يخاطب هاهنا ، وعنده أنه يخاطب غير أمته وهناك خاطب العبد باللفظ الصريح .

وفى البسيط أن بعض الوعاظ طلب من الحاضرين شيئا ، فلم يعطوه ، فقال متضجرا منهم طلقتكم ثلاثا ، وكانت زوجته فيهم ، وهو لا يعلم . فأفتى إمام الحرمين بوقوع الطلاق قال الغزالى وفى القلب منه شىء . قال الرافعى : ولك أن تقول ينبغى أن لا تطلق ، لأن قوله « طلقتكم » لفظ عام ، وهو يقبل الاستثناء بالنية ، كما لو حلف لا يسلم على زيد ، فسلم على قوم هو فيهم ، واستثناه بقلبه لم يحنث ، وإذا لم يعلم أن زوجته فى القوم كان مقصوده غيرها وقال النووى ماقاله الامام والرافعى عجيب ، أما العجب من الرافعى فلأن هذه المسألة ليست كمسألة السلام على زيد ، لأنه هناك علم به واستثناه ، وهنا لم يعلم بها ولم يستثنها ، واللفظ يقتضى الجميع إلا ما أخرجه ولم يخرجها . وأما العجب من الامام فلأن الشرط قصد لفظ الطلاق بمعنى الطلاق ، ولا يكفى قصد لفظ من غير قصد معناه ، ومعلوم أن الواعظ لم يقصد معنى الطلاق ، فينبغى أن لا تطلق لذلك لا لما ذكره الرافعى .

قال فى المهمات : ونظير ذلك ما حكيناه عن الغزالى فى مسألة « تأخرى ياحرة » أنها لا تعتق .

وقال البلقينى فتح الله بتخريجين آخرين ، يقتضيان عدم وقوع الطلاق : أحدهما أنه يخرج ذلك على من حلف لا يسلم على زيد فسلم على قوم هو فيهم وهو لا يعلم أنه فيهم ، والمذهب أنه لا يحنث ، وهذ غير مسألة الرافعى التى قاس عليها ، فانه هناك علم واستثنى وهنا لم يعلم أصلا .

الثانى : أن الطلاق لغة الهجر : وشرعا حل قيد النكاح بوجه مخصوص ، ولا يمكن حمل كلام الواعظ على المشترك ، لأنه هنا متعذر ، لأن شرط حمل المشترك على معنييه أن

لا ينضادا ، فتعيلت اللغوية ، وهو لا يفيد إيقاع الطلاق على زوجته ؛ بل لو صرح فقال طلقتكم وزوجتى ، لم يقع الطلاق عليها ، كما قالوه فى نساء العالمين طوالق وأنت يافاطمة من جهة أنه عطف على نسوة لم تطلق انتهى .

قال ياطالق وهو اسمها ؛ ولم يقصد الطلاق لم تطلق ، وكذا لو كان اسمها طارقا أو طالبا وقال قصدت النداء فالتف الحرف ؟

قال أنت طالق ثم قال : أردت إن شاء زيد أو إن دخلت الدار دين ولم يقبل ظاهرا ؛

قال كل امرأة لى طالق ، وقال أردت غير فلانة دين ، ولم يقبل ظاهرا إلا لقرينة بأن خاصمته وقالت تزوجت ، فقال ذلك وقال أردت غير المخاصمة ولو وقع ذلك فى اليمين قبل مطلقا ؛ كأن يحلف لايكلم أحدا ويريد زيدا ، أو لايأكل طعاما ويريد شيئا معينا ؛

قال أنت طالق ، ثم قال أردت غيرها فسبق لسانى إليها دين .

قال طلقتك ثم قال ، أردت طلبتك دين ؛

قال أنت طالق إن كلمت زيدا ، ثم قال أردت إن كلمته شهرا . قال الإمام : نص الشافعى أنه لايقع الطلاق باطنا بعد الشهر : فلو كان فى الحلف بالله قبل ظاهرا أيضا .

قال أنت طالق ثلاثا للسنة ؛ وقال نويت تفريقها على الأقراء ؛ دين ولم يقبل ظاهرا لأن اللفظ يقتضى وقوع الكل فى الحال إلا لقرينة ، بأن كان يعتقد تحريم الجمع فى قرء واحد ولو لم يقل للسنة ، ففى المنهاج أنه كما لو قال . والذى فى الشرحين والمحرر أنه لا يقبل مطلقا ولا ممن يعتقد التحريم .

قال لامرأته وأجنبية : إحداكما طالق وقال : أردت الأجنبية قبل ، بخلاف مالو قال عمرة طالق ؛ وهو اسم امرأته وقال : أردت أجنبية . فانه يدين ولا يقبل ؛

تتمة

استثنى مواضع يكتفى فيها باللفظ على رأى ضعيف .

منها الزكاة ففى وجه أو قول يكفى نيتها لفظا . واستدل بأنها تخرج من مال المرتد ولا تصح نيته ؛ وتجوز النيابة فيها ، ولو كانت نية القلب متعينة لوجب على المكلف بها مباشرتها لأن النيات سر العبادات والإخلاص فيها . قال : ولا يرد على ذلك الحج حيث تجرى فيه النيابة وتشترط فيه نية النائب ، لأنه لاينوب فيه من ليس من أهل الحج . وفى الزكاة ينوب فيها من ليس من أهلها كالعبد والكافر ؛

ومنها إذا لبى بحج أو عمرة ولم ينو ، ففى قول إنه ينعقد ويلزمه ماسمى لأنه التزمه بالتسمية وعلى هذا لو لبى مطلقا انعقد الإحرام مطلقا ؛

ومنها إذا أحرم مطلقا ، ففى وجه يصح صرفه إلى الحج والعمرة باللفظ والأصح فى الكل أنه لا أثر للفظ ؛

وأما الأصل الثاني : وهو أنه لايشترط مع نية القلب التلفظ فيه : ففيه فروع كثيرة ؛
منها كل العبادات :

ومنها إذا أحيا أرضا بنية جعلها مسجدا ، فانها تصير مسجدا بمجرد النية ، ولايحتاج إلى لفظ.

ومنها من حلف لايسلم على زيد ، فسلم على قوم هو فيهم واستثناه بالنية ، فانه لايحنث بخلاف من حلف لايدخل عليه ؛ فدخل على قوم هو فيهم واستثناه بقلبه ، وقصد الدخول على غيره ، فانه يحنث في الأصح . والفرق أن الدخول فعل لايدخله الاستثناء ، ولا ينتظم أن يقول : دخلت عليكم إلا على فلان ويصح أن يقال : سلمت عليكم إلا على فلان .

وخرج عن هذا الأصل صور ، بعضها على رأى ضعيف :

منها الإحرام ، ففي وجه أو قول ، أنه لاينعقد بمجرد النية حتى يلبي ؛ وفي آخر : يشترط التلبية أو سوق الهدى وتقليده ، وفي آخر : أن التلبية واجبة ، لاشرط للانعقاد فعليه دم والأصح أنها لاشرط ولا واجبة ، فينعقد الإحرام بدونها ولا يلزمه شيء :

ومنها لو نوى النذر أو الطلاق بقلبه ولم يتلفظ ، لم ينعقد النذر ولايقع الطلاق :

ومنها اشترى شاة بنية التضحية أو الإهداء ، لم تصر كذلك على الصحيح حتى يتلفظ

ومنها باع بألف وفي البلد نقود لاغالب فيها ، فقبل ونويا نوعا لم يصح في الأصح حتى يبيناه لفظا وفي نظيره من الخلع : يصح في الأصح لأنه يغتفر فيه مالا يغتفر في البيع وفي نظيره من النكاح لو قال من له بنات زوجتك بنتي ونويا واحدة صح على الأصح .

ومنها لو قال أنت طالق ، ثم قال أردت إن شاء الله تعالى لم يقبل . قال الرافعي والمشهور أنه لايدين أيضا بخلاف ، إذا قال أردت إن دخلت ؛ أو إن شاء زيد فانه يدين وإن لم يقبل ظاهرا : قال : والفرق بين إن شاء الله وبين سائر صور التعليق ؛ أن التعليق بمشيئة الله يرفع حكم الطلاق جملة ، فلابد فيه من اللفظ والتعليق بالدخول ونحوه لا يرفعه جملة ، بل يخصصه بحال دون حال .

ومنها من عزم على المعصية ولم يفعلها أو لم يتلفظ بها لايأثم لقوله صلى الله عليه وسلم « إن الله تجاوز لأمتي ماحدثت به أنفسها مالم تتكلم أو تعمل به » :

ووقع في فتاوى قاضي القضاة تقي الدين بن رزين أن الانسان إذا عزم على معصية فان كان قد فعلها ولم يتب منها فهو مؤاخذ بهذا العزم لأنه إصرار ، وقد تكلم السبكي في الحلبيات على ذلك كلاما مبسوطا أحسن فيه جدا فقال : الذى يقع في النفس من قصد المعصية على خمس مراتب : الأولى الهاجس وهو مايلقى فيها ، ثم جريانه فيها وهو الخاطر ثم حديث النفس ، وهو مايقع فيها من التردد هل يفعل أولا؟ ثم الهم ؛ وهو ترجيح قصد الفعل ثم العزم ، وهو قوة ذلك القصد والجزم به ؛ فالهاجس لايؤاخذ به إجماعا لأنه ليس

من فعله ؛ وإنما هو شيء ورد عليه ، لاقدرة له ولاصنع ، والخاطر الذى بعده كان قادرا على دفعه بصرف الهاجس أول وروده، ولكنه هو وما بعده من حديث النفس ، رفوعان بالحديث الصحيح . وإذا ارتفع حديث النفس ارتفع ماقبله بطريق الأولى : وهذه المراتب الثلاثة أيضا لو كانت فى الحسنات لم يكتب له بها أجر : أما الأول فظاهر . وأما الثانى والثالث فلعدم القصد : وأما الهم فقد بين الحديث الصحيح «أن الهم بالحسنة ، يكتب حسنة ، والهم بالسيئة لايكتب سيئة وينتظر فان تركها لله كتبت حسنة وإن فعلها كتبت سيئة واحدة» والأصح فى معناه أنه يكتب عليه الفعل وحده ؛ وهو معنى قوله «واحدة» وأن الهم مرفوع :

ومن هذا يعلم أن قوله فى حديث النفس «مالم يتكلم أو يعمل» ليس له مفهوم ، حتى يقال إنها إذا تكلمت أو عملت يكتب عليه حديث النفس ؛ لأنه إذا كان الهم لايكتب ، فحديث النفس أولى ، هذا كلامه فى الحلبيات :

وقد خالفه فى شرح المنهاج فقال ، إنه ظهر له المؤاخذة من إطلاق قوله صلى الله عليه وسلم «أو تعمل» ولم يقل أو تعمله قال : فيؤخذ منه تحريم المشى إلى معصية ، وإن كان المشى فى نفسه مباحا ، لكن لانضمام قصد الحرام إليه ، فكل واحد من المشى والقصد لايحرم عند انفراده : أما إذا اجتمعا فان مع الهم عملا لما هو من أسباب المهموم به فاقتضى إطلاق «أو تعمل» المؤاخذة به : قال فاشدد بهذه الفائدة يديك ، واتخذها أصلا يعود نفعه عليك :

وقال ولده فى منع الموانع : هنا دقيقة نبهنا عليها فى جمع الجوامع وهى : أن عدم المؤاخذة بحديث النفس والهم ليس مطلقا ، بل بشرط عدم التكلم والعمل ، حتى إذا عمل يؤاخذ بشيئين ؛ همه وعمله ، ولا يكون همه مغفورا وحديث نفسه إلا إذا لم يتعقبه العمل ، كما هو ظاهر الحديث ، ثم حكى كلام أبيه الذى فى شرح المنهاج ، والذى فى الحلبيات ، ورجح المؤاخذة :

ثم قال فى الحلبيات ، وأما العزم فالمحققون على أنه يؤاخذ به ، وخالف بعضهم وقال إنه من الهم المرفوع وربما تمسك بقول أهل اللغة ، هم بالشيء : عزم عليه ، والتمسك بهذا غير سديد، لأن اللغوى لايتنزل إلى هذه الدقائق :

واحتج الأولون بحديث «إذا التقى المسلمان بسيفيهما فالقاتل والمقتول فى النار ، قالوا يارسول الله ، هذا القاتل ، فما بال المقتول ؟ قال كان حريصا على قتل صاحبه » فعلل بالحرص ، واحتجوا أيضا بالاجماع على المؤاخذة بأعمال القلوب كالحسد ونحوه وبقوله تعالى ﴿ ومن يرد فيه بإلحاد بظلم نذقه من عذاب أليم﴾ على تفسير الالحاد بالمعصية ، ثم قال إن التوبة واجبة على الفور ، ومن ضروريتها العزم على عدم العود ، فمتى عزم على العود

قبل أن يتوب منها ، فذلك مضاد للتوبة ، فيؤاخذ به بلا إشكال وهو الذى قاله ابن رزين
ثم قال فى آخر جوابه : والعزم على الكبيرة ، وإن كان سيئة ، فهو دون الكبيرة المعزوم عليها .

المبحث السادس فى شروط النية

الأول : الاسلام ، ومن ثم لم تصح العبادات من الكافر ، وقيل يصح غسله دون وضوئه وتيممه ، وقيل يصح الوضوء أيضا ، وقيل يصح التيمم أيضا ، ومحل الخلاف فى الأصلى . أما المرتد فلا يصح منه غسل ولا غيره ، كذا قال الرافعى ، لكن فى شرح المهذب أن جماعة أجروا الخلاف فى المرتد .

وخرج من ذلك صور :

الأولى : الكتابية تحت المسلم ، يصح غسلها عن الحيض ، ليحل وطؤها بلا خلاف للضرورة ويشترط نيتها ، كما قطع به المتولى والرافعى فى باب الوضوء وصححه فى التحقيق كما لا يجزى الكافر العتق عن الكفارة إلا بنية العتق ، وادعى فى المهمات أن المجزوم به فى الروضة وأصلها فى النكاح عدم الاشتراط ، وما ادعاه باطل ، سببه سوء الفهم ، فان عبارة الروضة هناك ، إذا طهرت الذمية من الحيض والنفاس ألزمها الزوج الاغتسال ، فان امتنعت أجبرها عليه واستباحها ، وإن لم تنو للضرورة ، كما يجبر المسلمة المجنونة ، فقوله «وإن لم تنو» بالتاء الفوقية ، عائد إلى مسئلة الامتناع ، لا إلى أصل غسل الذمية ، وحينئذ لاشك فى أن نيتها لا تشترط ، كالمسلمة المجنونة ، وأما عدم اشتراط نية الزوج عند الامتناع والمجنون ، أو عدم اشتراط نيتها فى غير حال الاجبار ، فلا تعرض له فى الكلام لا نفيا ولا إثباتا ، بل فى قوله فى مسألة الامتناع «استباحها وإن لم تنو للضرورة» مايشعر بوجوب النية فى غير حال الامتناع .

وعجبت للأسنوى كيف غفل عن هذا ؟ وكيف حكاه متابعوه عنه ساكتين عليه ؟ والفهم من خير ما أوتى العبد .

الثانية : الكفارة تصح من الكافر ، ويشترط منه نيتها ، لأن المغلب فيها جانب الغرامات ، والنية فيها للتمييز لا للقربة ، وهى بالديون أشبه ، وبهذا يعرف الفرق بين عدم وجوب إعادتها بعد الاسلام ووجوب إعادة الغسل بعده .

الثالثة : إذا أخرج المرتد الزكاة فى حال الردة ، تصح وتجزيه .

الرابعة : ذكر قاضى القضاة جلال الدين البلقينى : أنه يصح صوم الكافر فى صورة وذلك إذا أسلم مع طلوع الفجر ، ثم إن وافق آخر إسلامه الطلوع فهو مسلم حقيقة ويصح منه النفل مطلقا ، قال : ونظيرها من المنقول صورة المجامع ، يحس وهو مجامع بالفجر فينزع بحيث يوافق آخر نزعه الطلوع وإن وافق أول إسلامه الطلوع ، فهذا إذا نوى

النفل صح على الأرجح ، ولا أثر لما وجد من موافقة أول الاسلام الطلوع ، كما ذكره الأصحاب فى صورة : أن يطلع وهو مجامع ويعلم بالطلوع فى أوله ، فينزع فى الحال : أنه لايبطل الصوم فيها على الأصح ، فحينئذ تلك اللحظة التى كانت وقت الطلوع هى المرادة بالتصوير وذلك قبل الحكم بالاسلام ، والأخذ فى الاسلام ليس بقاء على الكفر ، كما أن النزع ليس بقاء على الجماع ، ولايصح منه صوم الفرض والحالة هذه لأن التبييت شرط فان بيت وهو كافر ، ثم أسلم كما صورنا ، قال : فهل لهذه النية أثر ؟ لم أر من تعرض لذلك ويجوز أن يقال : الشروط لا تعتبر وقت النية ، كما قالوا فى الحائض : تنوى من الليل قبل انقطاع دمها ، ثم ينقطع الأكثر أو العادة ، فلا يحتاج إلى التجديد ويجوز أن يقال : يعتبر شرط الاسلام وقت النية ، لأن المعتادة على يقين من الانقطاع لأكثر الحيض وعلى ظن قوى للعادة بظهورها ، وليس فى إسلام الكافر يقين ولا ظاهر ، فكان مترددا حال النية ، فيبطل الجزم ، كما إذا لم يكن لها عادة ، أولها عادة مختلفة : ولو اتفق الطهر بالليل لعدم الجزم .

قال : ومما يناظر ذلك : ما إذا نوى سفر القصر وهو كافر فانه تعتبر نيته ، فإذا أسلم فى أثناء المسافة قصر على الأرجح اهـ .

الشرط الثانى : التمييز : فلا تصح عبادة صبى لايميز ، ولا مجنون : وخرج عن ذلك الطفل يوضئه الولى للطواف حيث يحرم عنه ، والمجنونة يغسلها الزوج عن الحيض ، وينوى على الأصح .

ومن فروع هذا الشرط : مسألة عمدها فى الجنايات هل هو عمد أولا ؟ لأنه لايتصور منهما القصد ، وصححوا أن عمدهما عمد وخص الأئمة الخلاف بمن له نوع تمييز فغير المميز منهما عمده خطأ قطعا .

ونظير ذلك : السكران لايقضى عليه بالحدث حتى يستغرق دون أول النشوة وكذا حكم صلاته وسائر أفعاله .

الشرط الثالث : العلم بالمنوى قال البغوى وغيره : فمن جهل فرضية الوضوء أو الصلاة لم يصح منه فعلها وكذا لو علم أن بعض الصلاة فرض ولم يعلم فرضية التى شرع فيها ، وإن علم الفرضية وجهل الأركان ، فان اعتقد الكل سنة أو البعض فرضا والبعض سنة ولم يميزها لم تصح قطعا ، أو الكل فرضا فوجهان : أصحهما الصحة لأنه ليس فيه أكثر من أنه أدى سنة باعتقاد الفرض وذلك لايؤثر .

وقال الغزالى : الذى لا يميز الفرائض من السنن تصح عبادته ، بشرط أن لايقصد التنفل بما هو فرض ، فان قصده لم يعتد به وإن غفل عن التفصيل فنية الجملة كافية ، واختاره فى الروضة .

قال الأسنوى : وغير الوضوء والصلاة فى معناهما : وقال فى الخادم : الظاهر أنه لايشترط ذلك فى الحج ويفارق الصلاة فانه لايشترط فيه تعيين المنوى ؛ بل ينعقد مطلقا ويصرفه بخلاف الصلاة ، ويمكن تعلم الأحكام بعد الإحرام بخلاف الصلاة ، ولا يشترط العلم بالفرضية ، لأنه لو نوى النفل انصرف إلى الفرض .

ومن فروع هذا الشرط : مالو نطق بكلمة الطلاق بلغة لايعرفها . وقال قصدت بها معناها بالعربية ، فانه لايقع الطلاق فى الأصح وكذا لو قال : لم أعلم معناها ولكن نويت بها الطلاق وقطع النكاح فانه لايقع ، كما لو خاطبها بكلمة لامعنى لها وقال : أردت الطلاق

ونظير ذلك لو قال : أنت طالق طلقة فى طلقتين . وقال : أردت معناه عند أهل الحساب فان عرفه وقع طلقتان ، وإن جهله فواحدة فى الأصح ، لأن مالا يعلم معناه لايصح قصده .

ونظيره أيضا : أن يقول : طلقتك مثل ماطلق زيد ، وهو لايدرى كم طلق زيد ، وكذا لو نوى عدد طلاق زيد ولم يتلفظ .

ونظير أنت طالق طلقة فى طلقتين قول المقر : له على درهم فى عشرة ، فانه إن قصد الحساب يلزمه عشرة . كذا أطلقه الشيخان هنا وقيده فى الكفاية بأن يعرفه قال : فان لم يعرفه فيشبه لزوم درهم فقط وإن قال : أردت مايريده الحساب ، على قياس مافى الطلاق انتهى ، وقد جزم به فى الحاوى الصغير .

ونظير طلقتك مثل ماطلق زيد : بعتك بمثل مابيع به فلان فرسه ، وهو لايعلم قدره فان البيع لايصح .

الشرط الرابع : أن لايأتى بمناف . فلو ارتد فى أثناء الصلاة أو الصوم أو الحج أو التيمم بطل ، أو الوضوء أو الغسل لم يبطلا ، لأن أفعالها غير مرتبطة ببعضها ، ولكن لايحسب المغسول فى زمن الردة ؛ ولو ارتد بعد الفراغ ، فالأصح أنه لايبطل الوضوء والغسل ويبطل التيمم لضعفه ولو وقع ذلك بعد فراغ الصلاة أو الصوم أو الحج أو أداء الزكاة لم يجب عليه الإعادة ، وأما الأجر فان لم يعد إلى الإسلام فلا يحصل له لأن الردة تحبط العمل وإن عاد فظاهر النص أنها تحبط أيضا ؛ والذى فى كلام الرافعى أنها إنما تحبط إذا اتصلت بالموت ؛ بل فى الأساليب لو مات مرتدا فحجه وعبادته باقية وتفيده المنع من العقاب ؛ فانه لو لم يؤدها اعوقب على تركها ولكن لاتفيده ثوابا ، لأن دار الثواب الجنة وهو لايدخلها . وحكى الواحدى فى تفسير سورة النساء خلافا فى الكافر يؤمن ثم يرتد أنه يكون مطالبا بجميع كفره ، وأن الردة تحبط الايمان السابق . قال وهو غلط لأنه صار بالايمان كمن لم يكفر فلا يؤاخذ به بعد أن ارتفع حكمه . قال وهو نظير الخلاف فى أن من تاب من المعصية ثم عاود الذنب ؛ هل يقدح فى صحة التوبة الماضية ؟ والمشهور : لا .

قلت : ليس بنظيره بل بينهما بون عظيم لفحش أمر الردة . فقد نص الله تعالى على أنها تحبط العمل ؛ بخلاف الذنب فانه لايحبط عملا ؛ وقد صح فى الحديث فى الكافر يسلم « أنه إن أساء أوخذ بالأول والآخر » .

ومن نظائر ذلك : أن من صحب النبى صلى الله عليه وسلم ثم ارتد ومات على الردة كابن خطل لايطلق عليه اسم الصحابى وأما من ارتدبعده ثم أسلم ومات مسلما كالأشعث ابن قيس فقال الحافظ أبو الفضل العراقى : فى دخوله فى الصحابة نظر ؛ فقد نص الشافعى وأبوحنيفة على أن الردة محبطة للعمل قال : والظاهر أنها محبطة للصحبة السابقة . قال أما من رجع إلى الاسلام فى حياته كعبد الله بن أبى سرح فلا مانع من دخوله فى الصحبة انتهى.

وفى البحر لواعتقد صبى ـ أبواه مسلمان ـ الكفر وهو فى الصلاة بطلت. قال : والذى كنت أقول صلاته صحيحة لأن ردته لم تصح ثم ظهر لى الآن بطلانها لأن اعتقادالكفر إبطال لها فلو وقع ذلك فى وضوء أو صوم فوجهان مبنيان على نية الخروج أو فى حج أو عمرة لم يضر لأنه لايبطل بنية الابطال؛ انتهى كلام صاحب البحر .

فصل

ومن المنافى : نية القطع وفى ذلك فروع :

نوى قطع الإيمان ـ والعياذ بالله تعالى ـ صار مرتدا فى الحال .

نوى قطع الصلاة بعد الفراغ منها لم تبطل بالاجماع ، وكذا سائر العبادات وفى الطهارة وجه لأن حكمها باق بعد الفراغ .

نوى قطع الصلاة أثناءها ، بطلت بلا خلاف لأنها شبيهة بالإيمان .

نوى قطع الطهارة أثناءها ، لم يبطل ما مضى فى الأصح لكن يجب تجديد النية لما بقى.

نوى قطع الصوم والاعتكاف ، لم يبطلا فى الأصح لأن الصلاة مخصوصة من بين سائر العبادات بوجوه من الربط ومناجاة العبد ربه .

نوى الأكل أو الجماع فى الصوم ، لم يضره .

نوى فعل مناف فى الصلاة كالأكل والفعل الكثير ، لم تبطل قبل فعله .

نوى الصوم من الليل ثم قطع النية قبل الفجر ، سقط حكمها لأن ترك النية ضد النية بخلاف مالو أكل بعدها لاتبطل ، لأن الأكل ليس ضدها .

نوى قطع الحج والعمرة لم يبطلا بلا خلاف ، لأنه لايخرج منهما بالافساد

نوى قطع الجماعة بطلت ، ثم فى الصلاة قولان إذا لم يكن عذر أصحهما لاتبطل ، وأما ثواب الجماعة لما سبق فيسقط ، كما صرح به الشيخ أبو إسحاق الشيرازى واعتمده خاتمة المحققين الشيخ جلال الدين المحلي .

وأما الثواب فى الصلاة والوضوء ونحوه إذاقلنا ببطلانه ، ففى شرح المهذب عن البحر

لو نوى نية صحيحة وغسل بعض أعضائه ثم بطل فى أثنائه بحدث أو غيره فهل له ثواب المفعول منه ، كالصلاة إذا بطلت فى أثنائها أولا؟ لأنه مراد لغيره بخلاف الصلاة أو إن بطل بغير اختياره فله ، وإلا فلا احتمالات ، وظاهره : أن الحصول فى الصلاة متفق عليه

نوى قطع الفاتحة ، فان كان مع سكوت يسير بطلت القراءة فى الأصح وإلا فلا .

نوى قطع السفر والاقامة ، فان كان سائرا لم يؤثر . لأن السير يكذبها ، كذا فى شرح المهذب ، وإن كان نازلا انقطع وكذا لو كان فى مفازة لاتصلح الإقامة على الأظهر .

نوى الإتمام فى أثناء الصلاة : امتنع عليه القصر :

نوى بمال التجارة القنية : انقطع حول التجارة ولو نوى بمال القنية التجارة لم يؤثر فى الأصح :

نوى بالحلى المحرم استعمالا مباحا : بطل الحول :

نوى بالمباح محرما أو كنزا : ابتدأ حول الزكاة :

نوى الخيانة فى الوديعة : لم يضمن على الصحيح إلا أن يتصل به نقل من الحرز ، كما فى قطع القراءة مع السكوت :

نوى أن لا يردها ، وقد طلبها المالك ، فيه الوجهان.

نوى الخيانة فى اللقطة ، فيه الوجهان:

فرع : ويقرب من نية القطع نية القلب ، قال فى شرح المهذب : قال الماوردى : نقل الصلاة إلى أخرى أقسام : أحدها : نقل فرض إلى فرض فلا يحصل واحد منهما. الثانى : نقل نفل راتب إلى نفل راتب ، كوتر إلى سنة الفجر ، فلا يحصل واحد منهما . الثالث : نقل نفل إلى فرض ، فلا يحصل واحد منهما : الرابع : نقل فرض إلى نفل : فهذا نوعان : نقل حكم كمن أحرم بالظهر قبل الزوال جاهلا ، فيقع نفلا . ونقل نية ، بأن ينوى قبله نفلا عامدا فتبطل صلاته ، ولا ينقلب نفلا على الصحيح : فان كان لعذر ، كأن أحرم بفرض منفردا ثم أقيمت جماعة ، فسلم من ركعتين ليدركها ، صحت نفلا فى الأصح :

فصل

ومن المنافى : عدم القدرة على المنوى ، إما عقلا ، وإما شرعا ، وإما عادة :

فمن الأول : نوى بوضوئه أن يصلى صلاة وأن لا يصليها : لم يصح لتناقضه :

ومن الثانى : نوى به الصلاة فى مكان نجس : قال فى شرح المهذب عن البحر : ينبغى أن لا يصح :

ومن الثالث : نوى به صلاة العيد وهو فى أول السنة أو الطواف وهو بالشأم ، ففى صحته خلاف ، حكاه فى الأول الرويانى ، وفى الثانى بعض المصنفين ، وقربه من الخلاف فيمن أحرم بالظهر قبل الزوال :

قلت : لكن الأصح الصحة ، كما جزم به فى التحقيق ، وحكاه فى شرح المهذب عن البحر وأقره ؛

نوى العبد أو الزوجة أو الجندى مسافة القصر ، وهم مع مالك أمرهم ، ولا يعرفون مقصده : لم يقصر العبد ولا الزوجة لأنهما لايقدران على ذلك ، إذ هما تحت قهر السيد والزوج ، بخلاف الجندى ، لأنه ليس تحت يد الأمير وقهره ؛

فصل

ومن المنافى : التردد وعدم الجزم . وفيه فروع :

تردد : هل يقطع الصلاة أو لا ، أو علق إبطالها على شىء بطلت ، وكذا فى الايمان

تردد : فى أنه نوى القصر ، أو لا ؟ وهل يتم ، أو لا ؟ لم يقصر .

تيقن الطهارة وشك فى الحدث فاحتاط وتطهر ، ثم بان أنه محدث لم يصح وعليه الإعادة فى الأصح بخلاف مالو شك فى الطهارة ، وقد تيقن الحدث : لأن معه أصلا ، وبخلاف مالو شك فى نجاسة فغسلها ، لأنها لاتحتاج إلى نية .

نوى ليلة الثلاثين من شعبان صوم غد عن رمضان ، إن كان منه ، فكان منه : لم يقع عنه بخلاف مالو وقع ذلك ليلة الثلاثين من رمضان ، لاستصحاب الأصل ؛

عليه فائتة ، فشك هل قضاها ، أو لا ، فقضاها ثم تيقنها : لم تجزئه .

هجم ، فتوضأ بأحد الاناءين ، لم يصح وضوؤه ، وإن بان أنه توضأ بالطاهر ؛

شك فى جواز المسح على الخف ، فمسح ثم بان جوازه وجب إعادة المسح وقضى ماصلى به :

تيمم أو صلى أو صام شاكا فى دخول الوقت ، فبان فى الوقت ، لم تصح .

تيمم بلا طلب للماء ، ثم بان أن لاماء : لم يصح .

تيمم لفائتة ظنها عليه ، أو لفائتة الظهر ، فبانت العصر : لم يصح .

صلى إلى جهة شاكا أنها القبلة ، فاذا هى هى : لم تصح .

قصر شاكا فى جواز القصر : لم يصح وإن بان جوازه .

صلى على غائب ميت شاكا أنه من أهل الصلاة عليه ، فبان أنه من أهلها : لم يصح .

صلى خلف خنثى ، فبان رجلا : لم يسقط القضاء فى الأظهر بخلاف مالو عقد به النكاح ، فبان رجلا ، مضى على الصحة فى الأظهر ، لأن المقصود فيه الحضور ولا نية يقع فيها التردد ؛

قال : هذه زكاة أو صدقة : لم تقع زكاة للتردد ؛

هذا عن مالى الغائب إن كان سالما وإلا فعن الحاضر ، أو صدقة ، فبان سالما أجزأه ، وإلا لم يجزه عن الحاضر للترديد فيه ، بخلاف ماسيأتى .

قال : إن كان مورثى مات وورثت ماله فهذه زكاته ، فبان : لم يجزه بلا خلاف ؛ لأنه لم يستند إلى أصل ، بخلاف مسألة الغائب ، لأن الأصل بقاؤه ، وبخلاف البيع ؛ فانه لايحتاج إلى نية .

عقب النية بالمشيئة ، فان نوى التعليق بطلت ؛ أو التبرك فلا أوأطلق . قال فى الشافى تبطل ، لأن اللفظ موضوع للتعليق .

قال : أصوم غدا إن شاء زيد ، لم يصح وإن شاء زيد ، أو إن نشطت فكذلك ، لعدم الجزم ، بخلاف مالوقال : ماكنت صحيحا مقيما ، فانه يجزئه .

ذكر صور صحت فيها النية مع تردد ، أو تعليق

اشتبه عليه ماء وماء ورد : لايجتهد ، بل يتوضأ بكل مرة ، ويغتفر التردد فى النية للضرورة قال الأسنوى : ويندفع التردد بأن يأخذ غرفة من هذا وغرفة من هذا ، ويغسل شقى وجهه وينوى حينئذ ، ثم يعكس المأخوذ والمغسول .

عليه صلاة من الخمس ، فنسيها فصلى الخمس ، ثم تذكرها : قال فى شرح المهذب : لم أر فيه نقلا ، ويحتمل أن يكون على الوجهين فيمن تيقن الطهارة وشك فى الحدث ، ويحتمل أن يقطع بأن لاتجب الإعادة ، لأنا أوجبناها عليه ، ففعلها بنية الواجب ، ولا نوجبها ثانيا ، بخلاف مسألة الوضوء ، فانه تبرع به ، ولا يسقط به الفرض . قال : وهذا الاحتمال أظهر .

قلت : صرح بالثانى فى البحر .

[ونظيره : من صلى منفردا ، ثم أعاد مع جماعة ، ونوى الفرضية ، كما هو المشهور ثم بان فساد الأولى ، فان الثانية تجزيه ، ولا يلزم الإعادة ، صرح به الغزالى فى فتاويه .

عليه صوم واجب ، لايدرى هل هو من رمضان أو نذر ، أو كفارة ، فنوى صوما واجبا ، أجزأه ، كمن نسى صلاة من الخمس ، ويعذر فى عدم جزم النية للضرورة ، نقله فى شرح المهذب عن الصيمرى ، وصاحب البيان ، وأقرهما .

وأما التعليق ففيه صور : منها الحج ، بأن يقول مريد الاحرام : إن كان زيد محرما فقد أحرمت ، فإن كان زيد محرما انعقد إحرامه ، وإلا فلا ولو علقه بمستقبل ، كقوله : إذا أحرم زيد ، أو جاء رأس الشهر فقد أحرمت . فالذى نقله البغوى وآخرون : أنه لا يصح .

وذكر ابن القطان والدارمى والشاشى فيه وجهين : أصحهما لاينعقد . قال الرافعى : وقياس تجويز تعليق أصل الإحرام باحرام الغير تجويز هذا ، لأن التعليق موجود فى الحالين إلا أن هذا تعليق بمستقبل ، وذاك تعليق بحاضر ، وما يقبل التعليق من العقود يقبلهما جميعا .

قلت : ويؤيد ما ذكره القاضي أبو حامد : أنه لو قال في إحرامه : إن شاء الله . انعقد سواء قصد التعليق أم لا : فقيل له : أليس لو قال لعبده : أنت حر إن شاء الله ، صح استثناؤه فيه ؟ فقال : الفرق أن الاستثناء يؤثر في النطق ولا يؤثر في النيات ، والعتق ينعقد بالنطق . فلذلك أثر الاستثناء فيه ، والاحرام ينعقد بالنية ، فلم يؤثر الاستثناء فيه . فقيل له أليس لو قال لزوجته : أنت خلية إن شاء الله ، ونوى الطلاق . أثر الاستثناء فيه ؟ فقال : الفرق أن الكناية مع النية في الطلاق كالصريح . فلهذا صح الاستثناء .

قال في شرح المهذب : والصواب أن الحكم فيه كسائر العبادات ، إن نوى التبرك ، انعقد وإلا فلا .

ومن صور التعليق في الحج : لو أحرم يوم الثلاثين من رمضان ، وهو شاك ، فقال إن كان من رمضان فإحرامي بعمرة ، أو من شوال فحج : فكان شوالا ، كان حجا صحيحا ، نقله في شرح المهذب عن الدارمي ، وأقره .

ونظيره في الطهارة : إن شك في الحدث ، فنوى الوضوء إن كان محدثا ، وإلا فتجديد صح ، نقله في شرح المهذب عن البغوي ، وأقره ، أو ينوي بوضوئه القراءة إن صح الوضوء لها ، وإلا فالصلاة . صح ، نقله في شرح المهذب عن البحر .

وفي الصلاة : شك في قصر إمامه ، فقال : إن قصر قصرت ، وإلا أتممت ، فبان قاصرا قصر ، جزم به الأصحاب .

اختلط مسلمون بكفار ، أو شهداء بغيرهم : صلى على كل واحد بنية الصلاة عليه ، إن كان مسلما . أو غير شهيد .

عليه فائتة ، وشك في أدائها : فقال : أصلي عنها إن كانت ، وإلا فنافلة ، فبانت : أجزأه . نقله في شرح المهذب عن الدارمي . قال : بخلاف ما لو شك في دخول وقت الصلاة فنوى إن كانت دخلت فعنها ، وإلا فنافلة أو فائتة . فإنه لا يجزيه بالاتفاق ، وبخلاف ما لو قال : فائتة أو نافلة . للترديد .

وفي الزكاة : نوى زكاة ماله الغائب ، إن كان باقيا ، وإلا فعن الحاضر ، فبان باقيا أجزأه عنه ، أو تالفا أجزأه عن الحاضر .

قال : إن كان سالما فعنه ، وإلا فتطوع ، فبان سالما : أجزأه بالاتفاق .

وفي الصوم : نوى ليلة الثلاثين من شعبان صوم غد ، إن كان من رمضان فهو فرض وإن لم يكن فتطوع . صحح السبكي والأسنوي : أنه يصح ويجزيه ، ولا يضر هذا التعليق .

قلت : وهو المختار ، والمرجح في أصل الروضة خلافه .

وفي الجمعة : أحرم بالصلاة في آخر وقتها ، فقال : إن كان الوقت باقيا فجمعة ، وإلا فظهر ، فبان بقاؤه ، ففي صحة الجمعة وجهان في شرح المهذب ، بلا ترجيح .

المبحث السابع فى أمور متفرقة

اختلاف الأصحاب : هل النية ركن فى العبادات ، أو شرط ؟ فاختار الأكثر أنها ركن ، لأنها داخل العبادة . وذلك شأن الأركان ، والشرط مايتقدم عليها ، ويجب استمراره فيها ، واختار القاضى أبو الطيب وابن الصباغ أنها شرط ، وإلا لافتقرت إلى نية أخرى تندرج فيه . كما فى أجزاء العبادات فوجب أن تكون شرطا خارجا عنها ، والأولون انفصلوا عن ذلك بلزوم التسلسل : واختلف كلام الغزالى فى ذلك ، فعدها فى الصوم ركنا وقال فى الصلاة : هى بالشروط أشبه ، ووقع العكس من ذلك فى كلام الشيخين ، فإنهما عداها فى الصلاة ركنا وقالا فى الصوم : النية شرط الصوم . وهذا يمكن أن يكون له وجه ، من جهة أنها فى الصوم متقدمة عليه . وقال العلائى : يمكن أن يقال : ما كانت النية معتبرة فى صحته ، فهى ركن فيه ، ومايصح بدونها ، ولكن يتوقف حصول الثواب عليها ، كالمباحات ، والكف عن المعاصى : فنية التقرب شرط فى الثواب :

تنبيه : قال ابن دقيق العيد : كان الشيخ عز الدين بن عبد السلام يستشكل معرفة حقيقة الاحرام جدا ، ويبحث فيه كثيرا ، فاذا قيل له : إنه النية ، اعترض عليه بأن النية شرط فى الحج الذى الاحرام ركنه ، وشرط الشىء غيره . وإذا قيل له : إنه التلبية اعترض عليه بأنها ليست بركن :

وعبارته فى القواعد : ومن المشكل قولهم : إن الحج والعمرة ينعقدان بمجرد نية الاحرام ، من غير قول ولا فعل ، فإن أريد بالاحرام أفعال الحج ، لم يصح ، لأنه لم يتلبس بشىء منها وقت النية ، وإن أريد الانكفاف عن المحظورات ، لم يصح ، لأنه لو نوى الاحرام مع ملابسة المحظورات صح ، ولأنه لو كان كذلك لما صح إحرام من جهل وجوب الكف ، لأن الجهل به يمنع توجه النية إليه ، إذ لا يصح قصد ما يجهل حقيقته :

وفى التلقين لابن سراقة : الأحرام النية بالحج والعزم على فعله ، وقال ابن عبدان : الإحرام أن ينوى أنه قد أحرم ، وغلط بعض أصحابنا فجعل النية غير الإحرام . وأشار به إلى ابن سريج ، حيث قال : لايتم الحج إلا بالنية للاحرام ، والإحرام .

وعبارة التنبيه : وينوى الإحرام بقلبه ، وهويدل على أن النية غير الإحرام . وذلك هو التحقيق ، فإنه لو أحرم إحراما مطلقا فله صرفه إلى ماشاء ، فالنية غير المنوى :

وقال النووى : الاحرام : نية الدخول فى الحج أو العمرة : قال ابن الرفعة : وهذا التفسير يخرج الاحرام المطلق : فالوجه أن يقال : هو نية حج أوعمرة ، أوهما أومايصلح لأحدهما ، وهو المطلق :

تنبيه آخر : أجروا النية مجرى الشروط فى مسألة : وهى مالو شك بعد الصلاة فى تركها أو ترك الطهارة ، فإنه يجب الإعادة ، بخلاف مالو شك فى ترك ركن : قال فى شرح

المهذب : والفرق أن الشك فى الأركان يكثر لكثرتها ، بخلاف الشروط . وقال فى الروضة وشرح المهذب فى الصوم : لو شك الصائم فى النية بعد الغروب فلا أثر له .

قاعـــدة

قال الرافعي ، وتبعه فى الروضة : النية فى اليمين تخصص اللفظ العام ، ولا تعمم الخاص مثال الأول : أن يقول : والله لا أكلم أحدا ، وينوى زيدا . ومثال الثانى : أن يمن عليه رجل بما نال منه . فيقول : والله لأشرب منه ماء من عطش ، فإن اليمين تنعقد على الماء من عطش خاصة ، ولا يحنث بطعامه وثيابه ، ولو نوى أن لا ينتفع بشىء منه ، ولو كانت المنازعة تقتضى ذلك ، لأن النية إنما تؤثر إذا احتمل اللفظ مانوى ، بجهة يتجوز بها . قال الأسنوى : وفى ذلك نظر . لأن فيه جهة صحيحة ، وهى إطلاق اسم البعض على الكل .

قاعـــدة

مقاصد اللفظ على نية اللافظ ، إلا فى موضع واحد ، وهو اليمين عند القاضى ، فانها على نية القاضى دون الحالف ، إن كان موافقا له فى الاعتقاد ، فإن خالفه ، كحنفى استحلف شافيا فى شفعة الجوار ، ففيمن تعتبر نيته؟ وجهان : أصحهما : القاضى أيضا .

وهذه فروع منثورة ، مع نظير فأكثر لكل فرع فرع

فرع : أدخل الجنب يده فى الإناء بعد النية ، أو المحدث بعد غسل الوجه ، فان نوى رفع الحدث صار مستعملا ، أو الاغتراف فلا ، أو أطلق فوجهان : أصحهما يصير . وله نظائر :

منها : إذا عقب النية بالمشيئة ، فإن نوى التعليق بطلت ، أو التبرك فلا ، أو أطلق فوجهان : أصحهما تبطل .

ومنها : لو كان اسمها طالق ، أو حرة ، فقال : ياطالق ، أو ياحرة ، فان قصد الطلاق ، أو العتق حصلا ، أو النداء فلا ، وإن أطلق ، فوجهان ، لكن الأصح هنا عدم الحصول .

ومنها : لو كرر لفظ الطلاق بلا عطف : فإن قصد الاستئناف وقع الثلاث ، أو التأكيد فواحدة ، أو أطلق فقولان ، الأصح ثلاث .

ومنها : قال : أنت طالق طلقة فى طلقتين ، فإن قصد الظرف ، فواحدة ، أو الحساب فثنتان ، أو أطلق فقولان . أصحهما واحدة . وكذا فى الاقرار .

ومنها : لو قال : أنت طالق ، وطالق وطالق وقصد الاستئناف ، أو تأكيد الأول بالثانى ، أو بالثالث : فثلاث ، أو تأكيد الثانى بالثالث : فثنتان ، أو أطلق فقولان : أصحهما ثلاث ، وكذا فى الاقرار .

ومنها : لو قال : والله لا أجامع واحدة منكن ، فإن قصد الامتناع عن كل واحدة فمول من الكل ، أو واحدة فقط فمول منها ، أو أطلق فوجهان أصحهما : الحمل على التعميم .

ومنها : لو قال : أنت على كعين أمى فإن قصد الظهار فمظاهر ، أو الكرامة فلا ، أو أطلق فوجهان ، أصحهما : لا شيء .

ومنها : لو قال لعلوى : لست ابن على . وقال : أردت : لست من صلبه ، بل بينك وبينه آباء فلا حد . أو قصد القذف حد . وإن أطلق وقال لم أرد به شيئا لم يحد . جزم به فى زوائد الروضة .

ومنها : إذا اتخذ الحلى بقصد استعماله فى مباح ، لم تجب فيه الزكاة ، أو بقصد كنزه وجبت ، أو لم يقصد استعمالا ولا كنزا ، فوجهان : أصحهما فى أصل الروضة : لا زكاة .

ومنها : لو انكسر الحلى المباح ، بحيث يمنع الاستعمال لكن لا يحتاج إلى صوغ ، ويقبل الاصلاح بالإلحام ، فان قصد جعله تبرا أو دراهم ، أو كنزه ، انعقد الحول عليه من يوم الانكسار . وإن قصد إصلاحه فلا زكاة ، وإن تمادت عليه أحوال ، وإن لم يقصد هذا ولا ذاك فوجهان : أرجحهما : الوجوب .

ومنها : مسح على الجرموق ووصل البلل إلى الأسفل ، فإن كان بقصد الأسفل صح أو الأعلى فقط فلا ، أو أطلق فوجهان : الأصح : الصحة . وله حالة رابعة أن يقصدهما والحكم الصحة .

وله فى ذلك نظيران :

أحدهما : إذا نطق فى الصلاة بنظم القرآن ، ولم يقصد سواه ، فواضح ، وإن قصد به التفهيم فقط ، بطلت ، وإن قصدهما معا : لم تبطل ، وإن أطلق فوجهان : الأصح البطلان .

الثانى : إذا تلفظ الجنب بأذكار القرآن ونحوها ، فإن قصد القراءة فقط ، حرم ، أو الذكر فقط . فلا . وإن قصدهما حرم أو أطلق حرم أيضا ، بلا خلاف ، ويقرب من ذلك حمل المصحف فى أمتعة ، فإنه إن كان هو المقصود بالحمل حرم ، وإن كان المقصود الأمتعة فقط ، أوهما ، فلا .

فرع : إذا اقترنت نية الوضوء بالمضمضة أو الاستنشاق : لم تصح إلا أن ينغسل معهما شيء من الوجه : فتصح النية . لكن لا يجزئ المغسول عن الوجه على الأصح ، لأنه لم يغسله بقصد أداء الفرض ، فتجب إعادته . كذا فى الروضة من زوائده ، وادعى فى المهمات : أن القول بالصحة وعدم إجزاء المغسول عن الفرض غير معقول .

قلت : وجدت له نظيرا ، وهو ما إذا أحرم بالحج فى غير أشهره ، فإنه ينعقد عمرة على الصحيح ولا تجزيه عن عمرة الاسلام ، على قول . وعلى هذا فقد صححنا نية أصل

الاحرام ، ولم نعتد بالمفعول عن الواجب ، وهذا نظير حسن ، لم أرمن تفطن له . ومن هنا انجر بنا القول إلى تأدى الفرض بنية النفل ، والأصل عدم إجزائه : وفيه فروع :

أتى بالصلاة : معتقدا أن جميع أفعالها سنة ؛

عطس ، فقال : الحمد لله وبنى عليه الفاتحة .

سلم الأولى على نية الثانية ، ثم بان خلافه ، لم تحسب ، ولاخلاف فى كل ذلك .

توضأ الشاك احتياطا ، ثم تيقن الحدث لم يجزئه فى الأصح .

ترك لمعة ، ثم جدد الوضوء ، فانغسلت فيه : لم تجزئه فى الأصح .

اغتسل بنية الجمعة : لا تجزيه عن الجنابة فى الأصح ؛

ترك سجدة ، ثم سجد سجدة للتلاوة ، لاتجزىء عن الفرض فى الأصح .

ذكر صور خرجت عن هذا الأصل فتأدى فيها الفرض بنية النفل

قال النووى فى شرح الوسيط : ضابطها أن تسبق نية تشمل الفرض والنفل جميعا ؛ ثم يأتى بشىء من تلك العبادات ، ينوى به النفل ، ويصادف بقاء الفرض عليه ؛

قلت : هذا الضابط منتقض طردا وعكسا ، كما يعرف من الأمثلة السابقة والآتية ؛ من ذلك : جلس للتشهد الأخير ، وهو يظنه الأول ، ثم تذكر أجزأه .

نوى الحج ، أو العمرة ، أو الطواف تطوعا ، وعليه الفرض : انصرف إليه ، بلا خلاف ؛

تذكر فى القيام ترك سجدة ، وكان جلس بنية الاستراحة ؛ كفاه عن جلوس الركن فى الأصح ؛

أغفل المتطهر لمعة ، وانغسلت بنيةالتكرار فىالثانية والثالثة : أجزأه فىالأصح ؛ بخلاف مالو انغسلت فى التجديد لأن التجديد طهارة مستقلة ، لم ينو فيه رفع الحدث أصلا ، والثلاث طهارة واحدة ، وقد تقدمت فيه نية الفرض والنفل جميعا . ومقتضى نيته : أن لايقع شىء عن النفل حتى يرتفع الحدث بالفرض ؛

قام فىالصلاة الرباعية إلى ثالثة ، ثم ظن فى نفسه أنه سلم ، وأن الذى يأتى به الآن صلاة نفل ؛ ثم تذكر الحال ؛ قال العلائى : لم أر هذه المسئلة بعينها : والظاهر : أن ذلك يجزيه عن الفرض ، كما فىمسئلة التشهد ؛ قال : والمسئلة منقولة عن المالكية ، وفيها عندهم قولان : وكذلك لو سلم من ركعتين سهوا ، ثم قام ، فصلى ركعتين بنية النفل ، هل تتم الصلاة الأولى بذلك ؟ وفيها عندهم قولان . قال : ولا شك أن الاجزاء فى هذه أبعد من الأولى ؛

قلت : المسئلة الثانية منقولة فىالروضة وغيرها ؛ قال فىالروضة من زيادته : لو سلم من صلاة ، وأحرم بأخرى ، ثم تيقن أنه ترك ركنا من الأولى : لم تنعقد الثانية ؛ وأما

الأولى ، فإن قصر الفصل : بنى عليها ، وإن طال ، وجب استئنافها . وكذا فى شرح المهذب ؛

ومن الفروع : ماقاله القاضى الحسين ، ونقله القمولى فى الجواهر : أنه لوقنت فى سنة الصبح ظانا أنه الصبح ، فسلم ، وبان ؛ قال القاضى : يبطل لشكه فى النية : وإتيان أفعال الصلاة على الشك يقتضى البطلان ؛

قلت : ولا يخلو ذلك من نظر . ثم رأيت صاحب الكافى توقف فيه : قال : فإن غايته أنه أخطأ وسها . والخطأ فى الصلاة لايفسدها .

فرع : لو دخل المسجد وقت الكراهة بقصد أن يصلى التحية . كرهت له فى الأصح ؛

ونظيره فيما ذكره النووى بحثا : أن يقرأ آية السجدة فى الصلاة بقصد أن يسجد ، فعلى هذا إذا سجد بطلت الصلاة ؛ ونازع فى ذلك البلقينى ؛ وقال : لاينهى فى قراءة آية السجدة فى الصلاة ليسجد . وذكر القاضى حسين أنه لا يستحب جمع آيات السجود وقراءتها دفعة واحدة من أجل السجود ؛ وذلك يقتضى جوازه . ومنعه الشيخ عز الدين بن عبد السلام . وأفتى ببطلان الصلاة .

ونظيره أيضا : مالو أخر الفائتة ليصليها فى وقت الكراهة فانه يحرم ؛ وقاس عليه فى المهمات : أن يؤخر قضاء الصوم ، ليوقعه يوم الشك .

ونظيره أيضا : من سلك الطريق لأبعد ، بقصد القصر لا غير ، لايقصر فى الأصح ولو أحرم مع الامام ، فلما قام إلى الثانية نوى مفارقته ، واقتدى آخر قد ركع بقصد إسقاط الفاتحة : قال الزركشى : فيحتمل أن لاتصح القدوة لذلك ؛ قال : وليس هذا كمن سافر لقصد القصر والفطر ، فإن هذا قاصد أصل السفر ، وذاك قاصد فى أثناء السفر ؛

ونظير هذا : أن يقصد بأصل الاقتداء تحمل الفاتحة وسجود السهو ؛ فإنه يحصل له ذلك . وقد قال النووى وابن الصلاة ، فيمن حلف ليطأن زوجته فى نهار رمضان : الجواب فيها : ماقاله أبو حنيفة ، لسائل سأله عن ذلك : أنه يسافر ؛

فرع : المنقطع عن الجماعة ، لعذر من أعذارها ، إذا كانت نيته حضورها لولا العذر يحصل له ثوابها ، كما اختاره فى الكفاية ، ونقله عن التلخيص للرويانى ؛ قال فى المهمات ونقله فى البحر عن القفال ، وارتضاه ، وجزم به الماوردى فى الحاوى ، والغزالى فى الخلاصة ، وهو الحق . انتهى . واختار السبكى : أن معتاد الجماعة إذا تركها لعذر يحصل له أجرها ؛ قال ابنه فى التوشيح : هذا أبلغ من قول الرويانى من وجه ، ودونه من وجه فأبلغ من وجهة أنه لم يشترط فيه القصد ، بل اكتفى بالعادة السابقة ، ودونه من جهة

أنه اشترط فيه العادة ، وممن اختار ذلك البلقيني أيضا : والمصحح فى شرح المهذب : أنه لايحصل له الأجر : ولكن المختار لأول ، والأحاديث الصحيحة تدل لذلك .

ونظيره : المعذور فى ترك المبيت بمنى ، لايلزمه دم ، ولولا أنه نزل منزلة الحاضر لزمه الدم ، ويلزم من ذلك حصول الأجر له بلا شك :

وخرج البلقيني من ذلك : أن الواقف لو شرط المبيت فى خانقاه ، مثلا ، فبات من شرط مبيته خارجها لعذر : من خوف على نفس ، أو زوجة ، أو مال ، أو نحوها لايسقط من معلومه شيء ذكره فى فتاويه . قال : وهو من القياس الحسن لم أسبق إليه :

ومن نظائر ذلك : من حضر الوقعة وهو صحيح ، فعرض له مرض . لم يبطل حقه من الاسهام له ، سواء كان مرجو الزوال أم لا ، على الأصح ، ومن تحيز إلى فئة قريبة ليستنجد بها يشارك الجيش فيما غنموه بعد مفارقته .

فرع : ذكر الرافعي فى الطلاق : أنه إذا وطىء امرأتين واغتسل عن الجنابة ، وحلف أنه لم يغتسل عن الثانية لم يحنث .

ونظير ذلك : ماذكره فى الأوائل : أنه لو قال : والله لا أغتسل عنك : سألناه ، فإن قال : أردت لاأجامعك ، فمول ، وإن قال : أردت الامتناع من الغسل ، أو أنى أقدم على وطئها وطء غيرها فيكون الغسل عن الأولى بحصول الجنابة بها قبل ، ولايكون موليا.

وفى شرح التلخيص للسنجي : لو أجنبت المرأة ثم حاضت واغتسلت ، وكانت حلفت أنها لاتغتسل عن الجنابة فالعبرة عندنا بالنية ، فإن نوت الاغتسال عنهما تكون مغتسلة عنهما وتحنث ، وإن نوت عن الحيض وحده لم تحنث ، لأنها لم تغتسل عن الجنابة ، وإن كانت غسلها مجزيا عنهما معا .

فرع : تقدم أن الأصح : أن الطواف والسعى لايشترط فيهما القصد ، وإنما يشترط عدم قصد غيرهما ، ولذلك نظائر :

منها : هل يشترط قصد المشترى بقوله : اشتريت : الجواب ، أو الشرط أن لايقصد الابتداء ؟ فيه وجهان : أصحهما الثانى :

ومنها : الخمر المحترمة : هى التى عصرت بقصد الخلية ، أو لابقصد الخمرية ، عبارتان للرافعي ، ذكر الأولى فى الرهن ، والثانية فى الغصب ، فلو عصرت بلا قصد ، فمحترمة على الثانية ، دون الأولى :

ومنها : هل يشترط فى الوضوء الترتيب ، أو الشرط عدم التنكيس ؟ وجهان : الأصح : الأول : فلو غسل أربعة أعضاء معا : صح على الثانى دون الأول .

ومنها : هل يشترط الترتيب بين حجة الإسلام والنذر ، أو الشرط عدم تقديم النذر خلاف : الأصح الثانى ، فلو استناب المغصوب رجلين ، فحجا فى عام واحد ، صح على الثانى دون الأول :

ومنها : هل يشترط فى الوقف ظهور القربة ، أو الشرط انتفاء المعصية ؟ وجهان ، أصحهما : الثانى ، فيصح على الأغنياء وأهل الذمة والفسقة على الثانى ، دون الأول . وجزم فى الوصية بالثانى .

ومنها : هل يشترط فى الوقف القبول ، أو الشرط عدم الرد ؟ وجهان ، صحح الرافعى الأول ، ووافقه النووى فى كتاب الوقف . وصحح فى السرقة من زوائد الروضة الثانى ، ويجريان فى الابراء والأصح فيه : الثانى على قول التمليك . أما على قول الاسقاط فلا يشترط جزما .

ومنها : إذا ضربت القرعة بين مستحقى القصاص ، فخرجت لواحد . لم يجز له الاستيفاء إلا باذن جديد ، وهل الإذن شرط ، أو الشرط عدم المنع ؟ وجهان ، أصحهما الأول .

ومنها : المتصرف عن الغير ، شرطه أن يتصرف بالمصلحة ، أو الشرط عدم المفسدة وجهان ، أصحهما الأول . فإذا استوت المصلحة والمفسدة لم يتصرف على الأول ، ويتصرف على الثانى .

ومنها : المكره على الطلاق ، هل يشترط قصد غيره بالتورية ، أو الشرط أن لا يقصده ؟ وجهان : أصحهما الثانى . وأجراهما الماوردى وغيره فى الإكراه على كلمة الكفر .

ومنها : من أقر لغيره بشىء . هل يشترط تصديقه ، أو الشرط عدم تكذيبه ؟ وجهان ، والأصح فى الروضة الثانى .

لطيفة

هذه النظائر نظائر فى العربية : ويحضرنى منها مسئلة فى باب مالا ينصرف ، وهو أن « فعلان » الوصف : هل يشترط فى منع صرفه وجود « فعلى » أو الشرط انتفاء « فعلانة » ؟ قولان ، أصحهما الثانى ، فعلى الأول يصرف نحو « رحمن ، ولحيان » وعلى الثانى : لا .

تنبيه : اشتملت قاعدة « الأمور بمقاصدها » على عدة قواعد ، كما تبين ذلك مشروحا وقد أتينا على عيون مسائلها ، وإلا فمسائلها لا تحصى ، وفروعها لا تستقصى .

خاتمة

تجرى قاعدة « الأمور بمقاصدها » فى علم العربية أيضا ، فالأول ما اعتبر ذلك فى الكلام ، فقال سيبويه والجمهور : باشتراط القصد فيه : فلا يسمى كلاما ما نطق به النائم والساهى ، وما تحكيه الحيوانات المعلمة . وخالفه بعضهم ، فلم يشترطه ، وسمى كل ذلك كلاما . واختاره أبو حيان .

وفرع على ذلك من الفقه : ما إذا حلف لا يكلمه ، فكلمه نائما ، أو مغمى عليه .

فإنه لايحنث . كما جزم به الرافعي : قال : وإن كلمه مجنونا ، ففيه خلاف ، والظاهر تخريجه على الجاهل ونحوه ، وإن كان سكران،حنث فى الأصح ، إلا إذا انتهى إلى السكر الطافح : هذه عبارته :

ولو قرأ حيوان آية سجدة.قال الأسنوى: فكلام الأصحاب مشعر بعدم استحباب السجود لقراءته ، ولقراءة النائم والساهى أيضا :

ومن ذلك : المنادى النكرة ، إن قصد نداء واحد بعينه تعرف ، ووجب بناؤه على الضم ، وإن لم يقصد ، لم يتعرف ، وأعرب بالنصب :

ومن ذلك : أن المنادى المنون للضرورة يجوز تنوينه بالنصب والضم ، فإن نون بالضم جاز ضم نعته ونصبه ، أو بالنصب تعين نصبه ، لأنه تابع لمنصوب لفظا ومحلا ، فان نون مقصور نحو « يافتى » بنى النعت على مانوى فى المنادى . فان نوى فيه الضم جاز الأمران ، أو النصب تعين . ذكر هذه المسئلة أبو حيان فى كتابيه : الارتشاف ، وشرح التسهيل .

ومن ذلك : قالوا : ماجاز إعرابه بيانا ، جاز إعرابه بدلا : وقد استشكل : بأن البدل فى نية سقوط الأول : والبيان بخلافه : فكيف تجتمع نية سقوطه وتركها فى تركيب واحد ؟ . فأجاب رضى الدين الشاطبى : بأن المراد أنه مبنى على قصد المتكلم : فان قصد سقوطه وإحلال التابع محله ، أعرب بدلا : وإن لم يقصد ذلك ، أعرب بيانا :

ومن ذلك : العلم المنقول من صفة ، إن قصد به لمح الصفة المنقول منها ، أدخل فيه « أل » وإلا فلا .

وفروع ذلك كثيرة ، بل أكثر مسائل علم النحو مبنية على القصد :

وتجرى أيضا هذه القاعدة فى العروض : فان الشعر عند أهله : كلام موزون مقصود به ذلك : أما مايقع موزونا اتفاقا ، لاعن قصد من المتكلم ، فانه لايسمى شعرا : وعلى ذلك خرج ماوقع فى كلام الله تعالى ، كقوله تعالى: ﴿ لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون ﴾ أورسول الله صلى الله عليه وسلم : كقوله :

« هل أنت إلا إصبع دميت وفى سبيل الله مالقيت »

القاعدة الثانية : اليقين لا يزال بالشك

ودليلها قوله صلى الله عليه وسلم « إذا وجد أحدكم فى بطنه شيئا فأشكل عليه ، أخرج منه شىء أم لا ؟ فلا يخرجن من المسجد حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا » رواه مسلم من حديث أبى هريرة : وأصله فى الصحيحين عن عبدالله بن زيد : قال «شكى إلى النبى صلى الله عليه وسلم الرجل يخيل إليه أنه يجد الشىء فى الصلاة : قال : لا ينصرف حتى يسمع صوتا ، أو يجد ريحا» وفى الباب عن أبى سعيد الخدرى ، وابن عباس : وروى مسلم عن

أبي سعيد الخدرى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا شك أحدكم فى صلاته ، فلم يدر : كم صلى ، أثلاثا ، أم أربعا ؟ فليطرح الشك ؛ وليبن على مااستيقن » .

وروى الترمذى عن عبدالرحمن بن عوف قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « إذا سها أحدكم فى صلاته ، فلم يدر : واحدة صلى ، أم اثنتين؟ فليبن على واحدة فان لم يتيقن : صلى اثنتين ، أم ثلاثا ؟ فليبن على اثنتين . فان لم يدر : أثلاثا صلى ، أم أربعا ؟ فليبن على ثلاث ، وليسجد سجدتين قبل أن يسلم » .

اعلم أن هذه القاعدة تدخل فى جميع أبواب الفقه : والمسائل المخرجة عليها تبلغ ثلاثة أرباع الفقه وأكثر ؛ ولو سردتها هنا لطال الشرح ؛ ولكنى أسوق منها جملة صالحة ؛ فأقول :

يندرج فى هذه القاعدة عدة قواعد :

منها : قولهم : « الأصل بقاء ما كان على ما كان » ؛

فمن أمثلة ذلك : من تيقن الطهارة ، وشك فى الحدث . فهو متطهر : أو تيقن فى الحدث وشك فى الطهارة : فهو محدث ؛

ومن فروع الشك فى الحدث : أن يشك هل نام أو نعس ؟ أو مارآه رؤيا ، أو حديث نفس ؟ أو لمس محرما أو غيره ؟ أو رجلا أو امرأة ؟ أو بشرا أو شعرا ؟ أو هل نام ممكنا أو لا ؟ أو زالت إحدى أليتيه ، وشك : هل كان قبل اليقظة أو بعدها ؟ أو مس الخنثى أحد فرجيه ، ثم مس مرة ثانية ، وشك : هل الممسوس ثانيا : الأول ، أو الآخر؟ :

ومن ذلك : عدم النقض بمس الخنثى ، أو لمسه أو جماعه ؛

ومن ذلك : مسئلة : من تيقن الطهارة والحدث ، وشك فى السابق ؛ والأصح أنه يؤمر بالتذكر فيما قبلهما ، فان كان محدثا فهو الآن متطهر ؛ لأنه تيقن الطهارة بعد ذلك الحدث وشك فى انتقاضها ، لأنه لا يدرى : هل الحدث الثانى قبلها ، أو بعدها؟ وإن كان متطهرا فان كان يعتاد التجديد ، فهو الآن محدث ، لأنه تيقن حدثا بعد تلك الطهارة ، وشك فى زواله ، لأنه لايدرى : هل الطهارة الثانية متأخرة عنه ، أم لا ؟ بأن يكون والى بين الطهارتين ؛

ونظير ذلك : مالو علمنا لزيد على عمرو ألفا ، فأقام عمرو بينة بالأداء أو الإبراء ، فأقام زيد بينة أن عمرا أقر له بألف مطلقا ، لم يثبت بهذه البينة شىء ؛ لاحتمال أن الألف الذى أقر به هو الألف الذى علمنا وجوبه ، وقامت البينة بابرائه ، فلا نشغل ذمته بالاحتمال ؛

وفرع فى البحر على قولنا « يأخذ بالضد » فرعا حسنا : وهو ماإذا قال : عرفت قبل هاتين الحالتين حدثا وطهرا أيضا ، ولا أدرى أيهما السابق ؟ قال : فيعتبر ما كان قبلهما

أيضا ، ونأخذ بمثله ، بعكس ماتقدم . وهو فى الحقيقة ضد هذه الحالة . قال فى الخادم: والحاصل أنه فى الأوتار يأخذ بضد ماقبله ، وفى الأشفاع يأخذ بمثله .

شك فى الطاهر المغير للماء : هل هو قليل ، أو كثير ؟ فالأصل بقاء الطهورية .

أحرم بالعمرة ، ثم بالحج . وشك : هل كان أحرم بالحج قبل طوافها ، فيكون صحيحا ، أو بعده فيكون باطلا ؟ حكم بصحته .

قال الماوردى : لأن الأصل جواز الاحرام بالحج ، حتى يتيقن أنه كان بعده : قال وهو كمن تزوج وأحرم ولم يدر ، هل أحرم قبل تزوجه أو بعده ؟ فان الشافعى نص على صحة نكاحه ، لأن الأصل عدم الاحرام . ونص فيمن وكل فى النكاح ، ثم لم يدر : أكان وقع عقد النكاح بعد ماأحرم ، أو قبله ؟ أنه صحيح أيضا .

أحرم بالحج ، ثم شك : هل كان فى أشهر الحج ، أو قبلها ؟ كان حجا . لأنه على يقين من هذا الزمان ، وعلى شك من تقدمه ، ذكره فى شرح المهذب .

أكل آخر الليل ، وشك فى طلوع الفجر . صح صومه . لأن الأصل بقاء الليل . وكذا فى الوقوف .

أكل آخر النهار ، بلا اجتهاد . وشك فى الغروب . بطل صومه . لأن الأصل بقاء النهار .

نوى ثم شك : هل طلع الفجر ، أم لا ؟ صح صومه ، بلا خلاف .

تعاشر الزوجان مدة مديدة ، ثم ادعت عدم الكسوة والنفقة ، فالقول قولها : لأن الأصل بقاؤهما فى ذمته ، وعدم أدائهما .

زوج الأب ابنته ، معتقدا بكارتها ، فشهد أربع نسوة بثيوبتها عند العقد . لم يبطل لجواز إذالتها باصبع أو ظفر ، والأصل البكارة .

اختلف الزوجان فى التمكين ، فقالت : سلمت نفسى إليك من وقت كذا ، وأنكر فالقول قوله . لأن الأصل عدم التمكين .

ولدت وطلقها ، فقال : طلقت بعد الولادة ، فلى الرجعة وقالت : قبلها فلا رجعة ولم يعينا وقتا للولادة ولا للطلاق فالقول قوله ، لأن الأصل بقاء سلطنة النكاح ، فان اتفقا على يوم الولادة ، كيوم الجمعة وقال : طلقت يوم السبت وقالت : الخميس : فالقول قوله ، لأن الأصل بقاء النكاح يوم الخميس ، وعدم الطلاق أو على وقت الطلاق ، واختلفا فى وقت الولادة ، فالقول قولها لأن الأصل عدم الولادة إذ ذاك .

أسلم إليه فى لحم ، فجاء به فقال المسلم : هذا لحم ميتة ، أو مذكى مجوسى ، وأنكر المسلم إليه . فالقول قول المسلم القابض . قطع به الزبيرى فى المسكت ، والهروى فى الأشراف والعبادى فى آداب القضاء . قال : لأن الشاة فى حال حياتها محرمة ، فيتمسك بأصل التحريم إلى أن يتحقق زواله .

اشترى ماء ، وادعى نجاسته ، ليرده فالقول قول البائع لأن الأصل طهارة الماء ؛
ادعت الرجعية امتداد الطهروعدم انقضاء العدة . صدقت ؛ ولها النفقة ؛ لأن الأصل بقاؤها ؛

وكل شخصا فى شراء جارية ووصفها ؛ فاشترى الوكيل جارية بالصفة ، ومات قبل أن يسلمها للموكل ، لم يحل للموكل وطؤها ؛ لاحتمال أنه اشتراها لنفسه . وإن كان شراء الوكيل الجارية بالصفات الموكل بها ظاهرا فى الحل . ولكن الأصل التحريم ، ذكره فى الإحياء ؛

قاعدة : الأصل براءة الذمة

ولذلك لم يقبل فى شغل الذمة شاهد واحد ، مالم يعتضد بآخر ، أو يمين المدعى ، ولذا أيضا كان القول قول المدعى عليه ، لموافقته الأصل ؛

وفى ذلك فروع :

منها : اختلفا فى قيمة المتلف ، حيث تجب قيمته على متلفه ، كالمستعير ، والمستام ، والغاصب ، والمودع المتعدى ؛ فالقول قول الغارم ، لأن الأصل براءة ذمته مما زاد ؛

ومنها : توجهت اليمين على المدعى عليه فنكل ، لايقضى بمجرد نكوله ، لأن الأصل براءة ذمته ، بل تعرض على المدعى ؛

ومنها : من صيغ القرض : ملكتكه على أن ترد بدله ، فلو اختلفا فى ذكر البدل ، فالقول قول الآخذ ، لأن الأصل براءة ذمته ؛

ومنها : لو قال الجانى : هكذا أوضحت ، وقال المجنى عليه بل أوضحت موضحتين وأنا رفعت الحاجز بينهما ، صدق الجانى . لأن الأصل براءة ذمته .

لطيفة

قال ابن الصائغ فيما نقلته من خطه : نظير قول الفقهاء « إن الأصل براءة الذمة ، فلا يقوى الشاهد على شغلها مالم يعتضد بسبب آخر» قول النحاة « الأصل فى الأسماء الصرف ، يقوى سبب واحد على خروجه عن أصله حتى يعتضد بسبب آخر» ؛

قاعـــدة

قال الشافعى رضى الله عنه « أصل ماانبنى عليه الإقرار أنى أعمل اليقين وأطرح الشك ولاأستعمل الغلبة » ؛

وهذه قاعدة مطردة عند الأصحاب ، ومرجعها إلى أن الأصل براءة الذمة كقولهم فيما لو أقر أنه وهبه وملكه لم يكن مقرا بالقبض لأنه ربما اعتقد أن الهبة لاتتوقف على القبض ، وأصل الإقرار البناء على اليقين .

فلو أقر لابنه بعين فيمكن تنزيل الاقرار على البيع وهو سبب قوى يمنع الرجوع وعلى

الهبة فلا يمنع الرجوع ، فأفتى أبو سعيد الهروى بإثبات الرجوع ، تنزيلا على أقل السببين وأضعف الملكين : وأفتى أبو عاصم العبادى بعدمه لأن الأصل بقاء الملك للمقر له وحكى الرافعى عن الماوردى والقاضى أبى الطيب موافقة أبى سعيد ثم قال : ويمكن أن يتوسط فيقال إن أقر بانتقال الملك منه إلى الابن فالأمر كما قال القاضيان وإن أقر بالملك المطلق ، فالأمر كما قال العبادى : وقال النووى فى فتاويه : الأصح المختار ، قول الهروى وقبول تفسيره بالهبة ورجوعه مطلقا :

ومن الفروع :

أن إقرار الحاكم بالشىء إن كان على جهة الحكم كان حكما ، وإن لم يكن بأن كان فى معرض الحكايات والإخبار عن الأمور المتقدمة لم يكن حكما ، قاله الرافعى فى أواخر الاقرار . قال الأسنوى : وهذا من القواعد المهمة قال : فاذا شككنا فى ذلك لم يكن حكما لأن الأصل بقاؤه على الإخبار وعدم نقله إلى الإنشاء :

ومنها لو أقر بمال أو مال عظيم أو كثير أو كبير ، قبل تفسيره بما يتمول وإن قل ولو قال له عندى سيف فى غمد أو ثوب فى صندوق ، لايلزمه الظرف أو غمد فيه سيف ، أو صندوق فيه ثوب ، لزمه الظرف وحده أو خاتم فيه فص لم يلزمه الفص ، أو عبد على رأسه عمامة ، لم تلزمه العمامة أو دابة فى حافرها نعل ، أو جارية فى بطنها حمل ، لم يلزمه النعل والحمل :

ولو أقر له بألف ثم أقر له بألف فى يوم آخر ، لزمه ألف فقط أو بأكثر دخل الأقل فى الأكثر وفروع القاعدة كثيرة :

(تنبيه) سئل السبكى عن اتفاق الأصحاب على أن من قال له على دراهم ، يلزمه ثلاثة ، ولم يقل بلزوم درهمين مع أن بعض أصحابنا قال : إن أقل الجمع اثنان وإن كان المشهور أنه ثلاثة ، فلم لاقيل بلزوم درهمين ، على كلا القولين ، بجواز أن يكون تجوز وأطلق الجمع على الاثنين فان ذلك مجاز شائع بالاتفاق من القائلين بالمنع ، مع أن الاقرار مبنى على اليقين؟ :

فأجاب بأن الاقرار إنما يحمل على الحقيقة ، واحتمال المجاز لايقتضى الحمل عليه ، إذ لو فتح هذا الباب لم يتمسك بإقرار : وقد قال الهروى : إن أصل هذا ماقاله الشافعى إنه يلزم فى الاقرار باليقين وظاهر المعلوم ، وهو الظن القوى ولا يلزم بمجرد الظن ، كما لايلزم فى حال الشك ، إذ الأصل براءة الذمة هذه عبارته قال : وهذا الذى قاله الهروى صحيح : واحتمال إرادة المجاز دون الشك لأنه وهم ، فكيف يعمل به ، بل لو قال : أردت بقولى «دراهم» درهمين لم يقبل ، لكن له تحليف غريمه . وكون الاقرار مبنيا على اليقين لايقدح فى هذا ، لأن هذا يقين فانه موضوع اللفظ لغة ، وليس المراد باليقين القطع

أو أريد القطع ، فقد تقدم في كلام الهروى أنه يأخذ باليقين وبالظن القوى ، وحمل اللفظ على المجاز إنما يكون لقرينة ، أما بغير قرينة فيحمل على الحقيقة قطعا ؛ وهذا هو المراد باليقين انتهى ؛

قاعـــدة

من شك هل فعل شيئا ، أو لا ؟ فالأصل أنه لم يفعله

ويدخل فيها قاعدة أخرى : من تيقن الفعل وشك في القليل أو الكثير حمل على القليل لأنه المتيقن ، اللهم إلا أن تشتغل الذمة بالأصل فلا تبرأ إلا بيقين ؛

وهذا الاستثناء راجع إلى قاعدة ثالثة ؛ ذكرها الشافعي رضي الله عنه وهي «أن ما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين» :

فمن فروع ذلك :

شك في ترك مأمور في الصلاة : سجد للسهو أو ارتكاب فعل منهي فلا يسجد ، لأن الأصل عدم فعلهما ؛

ومنها : سها وشك : هل سجد للسهو ؟ يسجد .

ومنها : شك في أثناء الوضوء أو الصلاة أو غيرها من العبادات في ترك ركن ، وجبت إعادته ، فلو علمه وشك في عينه أخذ بالأسوإ . فإن احتمل أنه النية وجب الاستئناف ، فلو ترك سجدة وشك ، هل هي من الركعة الأخيرة أو غيرها ، لزمه ركعة لاحتمال أن تكون من غيرها ، فتكمل بركعة تليها ويلغو باقيها .

ولو شك في محل سجدتين أو ثلاث ، وجب ركعتان لاحتمال ترك سجدة من الأولى وسجدة من الثانية ، فيكمل الأولى بالثانية والثالثة بالرابعـة ويلغو الباقي ، وكذا لو انضم إلى ذلك ترك سجدة أخرى ، هكذا أطبق عليه الأصحاب .

وأورد على ذلك أن الصواب في الثلاث : لزوم ركعتين وسجدة ، لأن أسوأ الأحوال أن يكون المتروك السجدة الأولى من الركعة الأولى ، والثانيـة من الثانية ، وواحدة من الرابعة فيبقى عليه من الركعة الأولى الجلوس بين السجدتين ، والسجدة الثانية فلما قدرنا أنه ترك السجدة الثانية من الركعة الثانية ، لم يمكن أن يكمل لسجدتها الأولى الركعة الأولى لفقدان الجلوس بين السجـدتين قبلها : نعم بعدها جلوس محسوب ، فيحصـل له من الركعتين ركعة إلا سجدة فيكملها بسجدة من الثالثة ويلغو باقيها ، ثم ترك واحدة من الرابعة فيبقى عليه ركعتان وسجـدة .

وقد اعتمد الأصفوني هذا الايراد في مختصر الروضة ، والأسنوي في تصحيح التنبيه ، وقال في شرح المنهاج : إنه عمل عقلي واضح لا شك فيه ؛

وأجاب عنه النشائي : بأن هذا خلاف التصوير ، فإنهم حصروا المتروك في ثلاث

سجدات ، وهذا يستدعى ترك فرض آخر ، واتفاقهم على أن المتروك من الأولى واحدة يبطل هذا الخيال ؛

وذكر ابن السبكى فى التوشيح : أن والده وقف على رجز له فى الفقه ، وفيه اعتماده هذا الايراد فكتب على الحاشية : لكنه مع حسنه لا يرد ، إذ الكلام فى الذى لا يفقد إلا السجود فاذا ما انضم له ترك الجلوس ، فليعامل عمله :

وإنما السجدة للجلوس وذاك مثل الواضح المحسوس

ولو شك فى محل أربع سجدات لزمه سجدة وركعتان لاحتمال أن يكون ترك سجدتين من الأولى وسجدة من الثالثة وأخرى من الرابعة ؛

وعلى ما تقدم من الاستدراك يجب سجدتان وركعتان ، لاحتمال ترك الأولى من الأولى والثانية من الثانية وثنتين من الرابعة ، فحصل من الثلاث ركعة ولا سجود فى الرابعة :

ولو شك فى محل خمس سجدات ، لزمه ثلاث ركعات لاحتمال ترك سجدتين من الأولى وسجدتين من الثالثة ، وسجدة من الرابعة .

ومنها لو شك ، هل غسل ثنتين أو ثلاثة ؟ بنى على الأقل وأتى بالثالثة ؛ وقال الجوينى لا ؛ لأن ترك سنة أهون من فعل بدعة ، ورد بأنها إنما تكون بدعة مع العلم بأنها رابعة ؛

ومنها شك ، هل أحرم بحج أو عمرة ، نوى القران ثم لا يجزيه إلا الحج فقط لاحتمال أن يكون أحرم به ، فلا يصح إدخال العمرة عليه ؛

ومنها شك ، هل طلق واحدة أو أكثر ، بنى على الأقل ؛

ومنها عليه دين ، وشك فى قدره ، لزمه إخراج القدر المتيقن كما قطع به الإمام ، إلا أن تشتغل ذمته بالأصل ، فلا يبرأ إلا مما تيقن أداءه ، كما لو نسى صلاة من الخمس ، تلزمه الخمس ؛

ولو كان عليه زكاة بقرة وشاة وأخرج أحدهما وشك فيه وجبا ، قاله ابن عبد السلام قياسا على الصلاة ، وصرح به القفال فى فتاويه فقال : لو كانت له أموال من الإبل والبقر والغنم وشك فى أن عليه كلها أو بعضها . لزمه زكاة الكل ؛ لأن الأصل بقاء زكاته ، كما لو شك فى الصيام ، وقال : أنا شاك فى العشر الأول ، هل على صوم كله أو ثلاثة أيام منه وجب قضاء كله . ولو اتخذ إناء من فضة وذهب ، وجهل الأكثر ولم يميزه ، وجب أن يزكى الأكثر ذهبا وفضة .

ولو كانت عليها عدة وشكت ، هل هى عدة طلاق أو وفاة ، لزمها الأكثر ، وإنما وجب الأكثر فى هذه الصورة لأن المكلف ينسب إلى التقصير بخلاف من شك فى الخارج أمنى أم مذى ، حيث يتخير

ولو كان عليه نذر وشك : هل هو صلاة أو صوم أو عتق أو صدقة ؟ قال البغوى

فى فتاويه : يحتمل أن يقال : عليه الإتيان بجميعها ، كمن نسى صلاة من الخمس ويحتمل أن يقال : يجتهد بخلاف الصلاة ، لأنا تيقنا هناك وجوب الكل ، فلا يسقط إلا بيقين. وهنا لم يجب إلا شيء واحد واشتبه ، فيجتهد كالقبلة والأوانى .

ولو حلف وشك : هل حلف بالله تعالى ، أو الطلاق أو العتق ، قال الزركشى ففى التبصرة للخمى المالكى : أن كل يمين لم يعتد الحالف بها لاتدخل فى يمينه مع الشك قال : وقياس مذهبنا أن يقال : إذا حنث لايقع الطلاق لأنه لايقع بالشك .

وأما الكفارة فيحتمل أن لاتجب فى الحال لعدم تحقق شغل الذمة ، ويحتمل أن تجب فى الحال ، فاذا أعتق برئ لأنها إن كانت بالله أو الظهار أو العتق ، فالعتق يجزئ فى كلها ولا يضر عدم التعيين بخلاف مالو أطعم أو كسا .

قلت : الاحتمال الأول أرجح .

ونظيره مالو شك فى الحد ، أرجم أو جلد ، فانه لايحد بل يعزر كما قرره ابن المسلم أن التردد بين جنسين من العقوبة إذا لم يكونا قتلا ، يقتضى إسقاطهما والانتقال إلى التعزير وسيأتى فى أحكام الخنثى .

ومنها رجل فاتته صلاة يومين فصلى عشر صلوات ، ثم علم ترك سجدة ، لايدرى من أيها . أفتى القاضى حسين بأنه يلزمه إعادة صلوات يوم وليلة ، وهو قياس قوله فيمن ترك صلوات لايدرى عددها : أنه يجب القضاء إلى أن يتيقن إتيانه بالمتروك ، وقال ابن القطان فى المطارحات : الصحيح الاكتفاء بواحدة ، فبإعادتها يصير شاكا فى وجوب الباقى فلا يلزمه بالشك وجوب إعادة الباقى ، وهو قياس قول القفال فى تلك : يكتفى بقضاء مايشك بعده : فى أنه هل بقى فى ذمته شيء .

قاعدة : الأصل العدم

فيها فروع :

منها : القول قول نافى الوطء غالبا ، لأن الأصل العدم .

ومنها : القول قول عامل القراض فى قوله : لم أربح ، لأن الأصل عدم الربح أو لم أربح إلا كذا ، لأن الأصل عدم الزائد . وفى قوله : لم تنهنى عن شراء كذا ، لأن الأصل عدم النهى ، ولأنه لو كان كما يزعمه المالك لكان خائنا ، والأصل عدم الخيانة وفى قدر رأس المال لأن الأصل عدم دفع الزيادة ، وفى قوله بعد التلف : أخذت المال قراضا ، وقال المالك قرضا كما قاله البغوى وابن الصلاح فى فتاويهما ، لأنهما اتفقا على جواز التصرف ، والأصل عدم الضمان .

ولو قال المالك : قراضا ، وقال الآخر قرضا ، وذلك عند بقاء المال وربحه ، فلم أر فيها نقلا ، والظاهر أن القول قول مدعى القرض أيضا لأمور : منها أنه أغلظ عليه

لأنه بصدد أن يتلف المال أو يخسر ، ومنها أن اليد له فى المال والربح ، ومنها : أنه قادر على جعل الربح له ، بقوله : اشتريت هذا لى ، فانه يكون القول قوله ، ولو اتفقا على أن المال قراض ، فدعواه أن المال قرض يستلزم دعواه أنه اشتراه له ، فيكون ربحه له

ومنها : لو ثبت عليه دين بإقرار أو بينة ، فادعى الأداء والإبراء ، فالقول قول غريمه ، لأن الأصل عدم ذلك :

ومنها : لو اختلفا فى قدم العيب ، فأنكره البائع ، فالقول قوله ، واختلف فى تعليله فقيل : لأن الأصل عدمه فى يد البائع وقيل : لأن الأصل لزوم العقد ، وبهذا التعليل جزم الرافعى والنووى .

قال الماوردى : وينبنى على الخلاف مالو ادعى البائع قدمه والمشترى حدوثه ويتصور ذلك : بأن يبيعه بشرط البراءة ، فيدعى المشترى الحدوث قبل القبض حتى يرد به لأنه لا يبرأ منه ، فان عللنا بكون الأصل عدمه فى يد البائع ، صدقنا المشترى ، لأن ذلك المعنى يقتضى الرد هنا ، وإن عللنا بكون الأصل اللزوم صدقنا البائع . قال الأسنوى ومقتضى ذلك تصحيح تصديق البائع :

ومنها : اختلف الجانى والولى فى مضى زمن يمكن فيه الاندمال ، فالمصدق الجانى ، لأن الأصل عدم المضى :

ومنها : أكل طعام غيره ، وقال : كنت أبحته لى ، وأنكر المالك ، صدق المالك . لأن الأصل عدم الاباحة.

ومنها : سئل النووى عن مسلم له ابن ماتت أمه ، فاسترضع له يهودية لها ولد يهودى ثم غاب الأب مدة وحضر ، وقد ماتت اليهودية . فلم يعرف ابنه من ابنها وليس لليهودية من يعرف ولدها ، ولا قافة هناك .

فأجاب : يبقى الولدان موقوفين حتى يبين الحال ببينة أو قافة أو يبلغا فينتسبان انتسابا مختلفا وفى الحال يوضعان فى يد المسلم ، فان بلغا ولم توجد بينة ولا قافة ولا انتسبا ، دام الوقف فيما يرجع إلى النسب ، ويتلطف بهما إلى أن يسلما جميعا فان أصرا على الامتناع من الاسلام لم يكرها عليه ولا يطالب واحد منهما بالصلاة ولا غيرها من أحكام الاسلام ، لأن الأصل عدم إلزامهما به ، وشككنا فى الوجوب على كل واحد منهما بعينه ، وهما كرجلين سمع من أحدهما صوت حدث وتناكراه لا يلزم واحدا منهما الوضوء ، بل يحكم بصحة صلاتهما فى الظاهر ، وإن كانت إحداهما باطلة فى نفس الأمر وكما لو قال رجل : إن كان هذا الطائر غرابا فامرأتى طالق : فقال آخر : إن لم يكن فامرأتى طالق ، فطار ولم يعرف فانه يباح لكل واحد منهما فى الظاهر الاستمتاع بزوجته للإبقاء على الأصل ، وأما نفقتهما ومؤنتهما فان كان لكل منهما مال كانت فيه وإلا وجبت على أب المسلم نفقة ابن بشرطه

ويجب نفقة آخر ، وهو اليهودى فى بيت المال بشرط كونه ذميا ، وشرطه : أن لا يكون هناك أحد من أصوله ممن تلزمه نفقة القريب : وإن مات من أقارب الكافر أحد ، وقف نصيبه حتى يتبين الحال أو يقع اصطلاح ، وكذا إن مات من أقارب المسلم أحد ، وإن مات الولدان أو أحدهما وقف ماله أيضا ، وإن مات أحدهما قبل البلوغ غسل وصلى عليه ودفن بين مقابر المسلمين واليهود ، أو بعد البلوغ والامتناع من الإسلام جاز غسله دون الصلاة عليه لأنه يهودى أو مرتد ، ولا يصح نكاح واحد منهما لأنه يحتمل أنه يهودى أو مرتد فلا يصح نكاحه ، كالخنثى المشكل .

قاعـــدة

الأصل فى كل حادث تقديره بأقرب زمن

ومن فروعها :

رأى فى ثوبه منيا ولم يذكر احتلاما لزمه الغسل على الصحيح : قال فى الأم : ويجب إعادة كل صلاة صلاها من آخر نومة نامها فيه :

ومنها : توضأ من بئر أياما وصلى ثم وجد فيها فأرة ، لم يلزمه قضاء إلا ماتيقن أنه صلاه بالنجاسة :

ومنها : ضرب بطن حامل فانفصل الولد حيا وبقى زمانا بلا ألم ثم مات ، فلا ضمان لأن الظاهر أنه مات بسبب آخر :

ومنها : فتح قفصا عن طائر فطار فى الحال ضمنه ، وإن وقف ثم طار فلا إحالة على اختيار الطائر :

ومنها : ابتاع عبدا ثم ظهر أنه كان مريضا ومات : فلا رجوع له فى الأصح ، لأن المرض يتزايد فيحصل الموت بالزائد ولا يتحقق إضافته إلى السابق :

ومنها : تزوج أمة ثم اشتراها وأتت بولد ، يحتمل أن يكون من ملك اليمين ، وأن يكون من ملك النكاح ، صارت أم ولد فى الأصح : وقيل لا ، لاحتمال كونه من النكاح .

وخرج عن ذلك صور :

منها : لو كان المرض مخوفا ، فتبرع ثم قتله إنسان أو سقط من سطح فمات أو غرق حسب تبرعه من الثلث ، كما لو مات بذلك المرض .

ومنها : لو ضرب يده فتورمت وسقطت بعد أيام ، وجب القصاص :

قلت : هذه لا تستثنى لأن باب القصاص كله كذلك ، لو ضربه أو جرحه وتألم إلى الموت وجب القصاص :

قاعـــــــدة

الأصل في الأشياء الإباحة ، حتى يدل الدليل على التحريم

هذا مذهبنا. وعند أبي حنيفة : الأصل فيها التحريم حتى يدل الدليل على الاباحة ، ويظهر أثر الخلاف في المسكوت عنه :

ويعضد الأول قوله صلى الله عليه وسلم « ما أحل الله فهو حلال وما حرم فهو حرام وما سكت عنه فهو عفو ، فاقبلوا من الله عافيته فان الله لم يكن لينسى شيئا» أخرجه البزار والطبراني من حديث أبي الدرداء بسند حسن : وروى الطبراني أيضا من حديث أبي ثعلبة « إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها ، ونهى عن أشياء فلا تنتهكوها ، وحد حدودا فلا تعتدوها ، وسكت عن أشياء من غير نسيان ، فلا تبحثوا عنها» وفي لفظ « وسكت عن كثير من غير نسيان فلا تتكلفوها رحمة لكم فاقبلوها» وروى الترمذي وابن ماجه ، من حديث سلمان : « أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن الجبن والسمن والفراء فقال : الحلال ما أحل الله في كتابه ، والحرام ماحرم الله في كتابه ، وما سكت عنه فهو مما عفا عنه » وللحديث طرق أخرى :

ويتخرج عن هذه كثير من المسائل المشكل حالها

منها : الحيوان المشكل أمره ، وفيه وجهان : أصحهما الحل كما قال الرافعي :

ومنها : النبات المجهول تسميته : قال المتولي يحرم أكله وخالفه النووي وقال الأقرب الموافق للمحكي عن الشافعي في التي قبلها ، الحل :

ومنها : إذا لم يعرف حال النهر هل هو مباح أو مملوك هل يجرى عليه حكم الاباحة ، أو الملك ، حكى الماوردي فيه وجهين مبنيين على أن الأصل الإباحة أو الحظر :

ومنها : لو دخل حمام برجه وشك هل هو مباح أو مملوك فهو أولى به وله التصرف فيه ، جزم به في أصل الروضة لأن الأصل الاباحة :

ومنها : لو شك في كبر الضبة فالأصل الاباحة ، ذكره في شرح المهذب :

ومنها : مسألة الزرافة : قال السبكي : المختار حل أكلها : لأن الأصل الاباحة ، وليس لها ناب كاسر ، فلا تشملها أدلة التحريم وأكثر الأصحاب لم يتعرضوا لها أصلا لا بحل ولا بحرمة ، وصرح بحلها في فتاوى القاضي الحسين والغزالي ، وتتمة القول وفروع ابن القطان وهو المنقول عن نص الامام أحمد وجزم الشيخ في التنبيه بتحريمها ، ونقل في شرح المهذب الاتفاق عليه ، وبه قال أبو الخطاب من الحنابلة ، ولم يذكرها أحد من المالكية والحنفية وقواعدهم تقتضي حلها .

قاعـــدة

الأصل فى الأبضاع التحريم

فاذا تقابل فى المرأة حل وحرمة ، غلبت الحرمة : ولهذا امتنع الاجتهاد فيما إذا اختلطت محرمة بنسوة قرية محصورات ، لأنه ليس أصلهن الاباحة ، حتى يتأيد الاجتهاد باستصحابه وإنما جاز النكاح فى صورة غير المحصورات ، رخصة من الله : كما صرح به الخطابى لئلا ينسد باب النكاح عليه :

ومن فروع هذه القاعدة :

ماذكره الغزالى فى الاحياء : أنه لو وكل شخصا فى شراء جارية ووصفها ، فاشترى الوكيل جارية بالصفة ، ومات قبل أن يسلمها للموكل . لم يحل للموكل وطؤها : لاحتمال أنه اشتراها لنفسه ، وإن كان شراء الوكيل الجارية بالصفات المذكورة ظاهرا فى الحل : ولكن الأصل التحريم ، حتى يتيقن سبب الحل :

ومنها : ماذكره الشيخ أبو محمد فى التبصرة : أن وطء السرارى اللاتى يجلبن اليوم من الروم والهند والترك حرام ، إلا أن ينتصب فى المغانم من جهة الامام من يحسن قسمتها فيقسمها من غير حيف ولا ظلم ، أو تحصل قسمة من محكم ، أو تزوج بعد العتق باذن القاضى والمعتق ، والاحتياط اجتنابهن مملوكات وحرائر :

قال السبكى فى الحلبيات : ولاشك أن الذى قاله الورع : وأما الحكم اللازم : فالجارية إما أن يعلم حالها أو يجهل ، فان جهل فالرجوع فى ظاهر الشرع إلى اليد ، إن كانت صغيرة وإلى اليد وإقرارها ، إن كانت كبيرة : واليد حجة شرعية ، كالإقرار وإن علم فهى أنواع :

أحدها : من تحقق إسلامها فى بلادها ، وأنه لم يجر عليها رق قبل ذلك ، فهذه لاتحل بوجه من الوجوه ، إلا بنكاح بشروطه .

الثانى : كافرة ممن لهم ذمة وعهد ، فكذلك :

الثالث : كافرة من أهل الحرب ، مملوكة لكافر حربى أو غيره ، فباعها فهى حلال لمشتريها :

الرابع : كافرة من أهل الحرب ، قهرها وقهر سيدها كافر آخر ، فانه يملكها كلها ويبيعها لمن يشاء ، وتحل لمشتريها . وهذان النوعان : الحل فيهما قطعى وليس محل الورع كما أن النوعين الأولين الحرمة فيهما قطعية :

النوع الخامس : كافرة من أهل الحرب ، لم يجر عليها رق ، وأخذها مسلم ، فهذا أقسام :

أحدها : أن يأخذها جيش من جيوش المسلمين بإيجاف خيل أو ركاب ، فهى غنيمة أربعة أخماسها للغانمين ، وخمسها لأهل الخمس ، وهذا لا خلاف فيه ، وغلط الشيخ تاج الدين الفزارى ، فقال : إن حكم الفيء والغنيمة راجع إلى رأى الامام يفعل فيه مايراه مصلحة . وصنف فى ذلك كراسة سماها « الرخصة العميمة فى أحكام الغنيمة » وانتدب له الشيخ محيي الدين النووى ، فرد عليه فى كراسة أجاد فيها . والصواب معه قطعا ، وقد تتبعت غزوات النبي صلى الله عليه وسلم وسراياه ، فكل ما حصل فيه غنيمة أو فيء قسم وخمس ؛ وكذلك غنائم بدر . ومن تتبع السير وجد ذلك مفصلا : ولو قال الإمام : من أخذ شيئا فهو له ، لم يصح ؛

القسم الثانى : أن ينجلى الكفار عنها بغير إيجاب من المسلمين ، أو يموت عنها من لا وارث له من أهل الذمة ، وما أشبه ذلك ، فهذه فيء يصرف لأهله : فالجارية التى توجد من غنيمة أو فيء ، لا تحل حتى تتملك من كل من يملكها من أهل الغنيمة أو الفيء ، أو من المتولى عليهم ، أو الوكيل عنهم ، أو ممن انتقل الملك إليه من جهتهم ، ولو بقى فيها قيراط لا تحل حتى يتملكه ممن هو له ؛

القسم الثالث : أن يغزو واحد ، أو اثنان باذن الإمام ، فما حصل لهما من الغنيمة يختصان بأربعة أخماسها : والخمس لأهله : هذا مذهبنا . ومذهب جمهور العلماء ، فلا فرق بين أن تكون السرية قليلة أو كثيرة ؛

الرابع : أن يغزو واحد ، أو اثنان ، أو أكثر بغير إذن الامام : فالحكم كذلك عندنا وعند جمهور العلماء ؛

الخامس : أن يكون الواحد أو الاثنان ونحوهما ليسوا على صورة الغزاة ، بل متلصصين فقد ذكر الأصحاب : أنهم إذا دخلوا يخمس ما أخذوه على الصحيح ، وعللوه بأنهم غرروا بأنفسهم فكان كالقتال ؛ وهذا التعليل يقتضى أنه لم ينقطع فى الجملة عن معنى الغزو ؛

والامام فى موضع حكى هذا وضعفه ؛ وقال : إن المشهور عدم التخميس . وفى موضع ادعى إجماع الأصحاب على أنه يختص به ، ولا يخمس ، وجعل مال الكفار على ثلاثة أقسام : غنيمة ، وفيء : وغيرهما كالسرقة ، فيتملكه من يأخذه ، قياسا على المباحات ووافقه الغزالى على ذلك ، وهو مذهب أبى حنيفة : وقال البغوى : إن الواحد إذا أخذ من حربى شيئا على جهة السوم ، فجحده أو هرب به ، اختص به ، وفيما قاله نظر يحتمل أن يقال : يجب رده ، لأنه كان ائتمنه ؛ فان صح ما قاله البغوى ، وافق الغزالى بطريق الأولى ؛ وقال أبو إسحاق : إن المأخوذ على جهة الاختلاس فيء ؛ وقال الماوردى غنيمة ؛ وما قاله الماوردى موافق لكلام الأكثرين ؛ وما قاله أبو إسحاق : إن أراد بالفيء

الغنيمة حصل الوفاق ، وإلافلا : وزعم أنه ينزع من المختلس ، ويعطى جميعه لغيره من المقاتلة وأهل الخمس ، فبعيد :

فهذا القسم الخامس من النوع الخامس ، قد اشتمل على صور ، ولم يفردها الأصحاب. بل ذكروها مدرجة مع القسم الرابع : والجارية المأخوذة على هذه الصورة فيها هذا الخلاف ، واجتنابها محل الورع : انتهى :

قاعـــدة

الأصل فى الكلام الحقيقة

وفى ذلك فروع :

منها : إذا وقف على أولاده ، أوأوصى لهم ، لايدخل فى ذلك ولدالولد فى الأصح لأن اسم الولد حقيقة فى ولد الصلب : وفى وجه نعم ، حملا له على الحقيقة والمجاز :

ومنها : لوحلف لايبيع ، أولا يشترى ، أولا يضرب عبده فوكل فى ذلك ، لم يحنث ، حملا للفظ على حقيقته : وفى قول : إن كان ممن لايتولاه بنفسه ، كالسلطان ، أوكان المحلوف عليه مما لايعتاد الحالف فعله بنفسه ، كالبناء ونحوه ، حنث إذا أمر بفعله :

ومنها : لوقال : وقفت على حفاظ القرآن : لم يدخل فيه من كان حافظا ونسيه ، لأنه لايطلق عليه حافظ إلا مجازا باعتبار ماكان : نقله الأسنوى عن البحر :

ومنها : وقف على ورثة زيد ، وهو حى ، لم يصح : لأن الحى لاورثة له : قاله فى البحر أيضا : قال الأسنوى : ولو قيل : يصح ، حملا على المجاز : أى ورثته لومات، لكان محتملا :

ومنها : لوحلف لايبيع أو لايشترى ، أو لايستأجر ، أو نحو ذلك : لم يحنث إلا بالصحيح ، دون الفاسد ، بناء على أن الحقائق الشرعية إنما تتعلق بالصحيح ، دون الفاسد .

ومنها : لوقال : هذه الدار لزيد كان إقرارا له بالملك ، حتى لوقال : أردت أنها مسكنه . لم يسمع :

ومنها : لوحلف لايدخل دار زيد . لم يحنث إلا بدخول مايملكها ، دون مايسكنها بإعارة أو إجارة : لأن إضافتها إليه مجاز ، إلا أن يريد مسكنه ، ولو حلف لايدخل مسكنه ، لم يحنث بدخول داره التى هى ملكه ولا يسكنها فى الأصح ، لأنها ليست مسكنه حقيقة :

ومنها : لوحلف لايأكل من هذه الشاة ، حنث بلحمها ، لأنه الحقيقة ، دون لبنها ونتاجها : لأنه مجاز . نعم ، إن هجرت الحقيقة تعين العمل بالمجاز الراجح ، كأن حلف

لايأكل من هذه الشجرة ، فانه يحنث بثمرها ، وإن كان مجازا ؛ دون ورقها وأغصانها وإن كان حقيقة ؛

(تنبيه) قد يشكل على هذا الأصل ؛ مالو حلف لايصلى ، فالأصح فى أصل الروضة أنه يحنث بالتحرم ؛ وفى وجه : لايحنث إلابالفراغ ، لأنها قد تفسد قبل تمامها ، فلايكون مصليا حقيقة ؛ وهذا هو قياس القاعدة ؛ وفى ثالث : لايحنث حتى يركع ؛ لأنه حينئذ يكون أتى بالمعظم ، فيقوم مقام الجميع . والرافعى حكى الأوجه فى الشرح ، ولم يصحح شيئا .

ذكر تعارض الأصل والظاهر

قال النووى فى شرح المهذب : ذكر جماعة من متأخرى الخراسانيين : أن كل مسئلة تعارض فيها أصل وظاهر ، أو أصلان . ففيها قولان : وهذا الإطلاق ليس على ظاهره فان لنا مسائل يعمل فيها بالظاهر بلا خلاف ، كشهادة عدلين ، فانها تفيد الظن ، ويعمل بها بالاجماع ، ولا ينظر إلى أصل براءة الذمة ، ومسألة بول الظبية وأشباهها ، ومسائل يعمل فيها بالأصل بلا خلاف ، كمن ظن حدثا ، أو طلاقا ، أوعتقا ، أوصلى ثلاثا أم أربعا ؛ فانه يعمل فيها بالأصل بلا خلاف :

قال : والصواب فى الضابط ماحرره ابن الصلاح ؛ فقال : إذا تعارض أصلان أو أصل وظاهر ، وجب النظر فى الترجيح ، كمافى تعارض الدليلين ، فان تردد فى الراجح فهى مسائل القولين ؛ وإن ترجح دليل الظاهر حكم به بلا خلاف : وإن ترجح دليل أصلى حكم به بلا خلاف. انتهى ؛

فالأقسام حينئذ أربعة :

الأول : مايرجح فيه الأصل جزما ، ومن أمثلته جميع ماتقدم من الفروع ؛ وضابطه أن يعارضه احتمال مجرد ؛

الثانى : مايرجح فيه الظاهر جزما ؛ وضابطه : أن يستند إلى سبب منصوب شرعا : كالشهادة تعارض الأصل ، والرواية ، واليد فى الدعوى ، وإخبار الثقة بدخول الوقت أو بنجاسة الماء ، وإخبارها بالحيض ، وانقضاء الأقراء ، أو معروف عادة ، كأرض على شط نهر ؛ الظاهر أنها تغرق وتنهار فى الماء ، فلا يجوز استئجارها ؛ وجوز الرافعى تخريجه على تقابل الأصل والظاهر . ومثل الزركشى لذلك باستعمال السرجين فى أوانى الفخار ، فيحكم بالنجاسة قطعا ؛ ونقله عن الماوردى ؛ وبالماء الهارب من الحمام ؛ لاطراد العادة بالبول فيه ، أو يكون معه مايعتضد به ، كمسئلة بول الظبية ؛

ومنه : لوأخذ المحرم بيض دجاجة وأحضنها صيدا ، ففسد بيضه ، ضمنه ، لأن الظاهر أن الفساد نشأ من ضم بيض الدجاج إلى بيضه ، ولم يحك الرافعى فيه خلافا ؛

الثالث : مايرجح فيه الأصل على الأصح . وضابطه : أن يستند الاحتمال إلى سبب ضعيف . وأمثلته لاتكاد تحصر :

منها : الشيء الذى لايتيقن نجاسته ، ولكن الغالب فيه النجاسة ، كأوانى وثياب مدمنى الخمر ، والقصابين والكفار المتدينين بها كالمجوس ، ومن ظهر اختلاطه بالنجاسة وعدم احترازه منها ، مسلما كان أو كافرا ، كما فى شرح المهذب عن الامام ، وطين الشارع والمقابر المنبوشة حيث لا تتيقن : والمعنى بها كما قال الامام وغيره : التى جرى النبش فى أطرافها والغالب على الظن انتشار النجاسة فيها : وفى جميع ذلك قولان ، أصحهما الحكم بالطهارة استصحابا للأصل :

ومن ذلك : مالو أدخل الكلب رأسه فى الإناء ، وأخرجه وفمه رطب ، ولم يعلم ولوغه ، والأصح أنه لايحكم بنجاسة الإناء . فإن أخرجه يابسا ، فطاهر قطعا :

ومن ذلك : لوسقط فى بئر فأرة ، وأخذ دلو قبل أن ينزح إلى الحد المعتبر ، وغلب على الظن أنه لايخلو من شعر ، ولم ير ، ففيه القولان : والأظهر الطهارة :

ومنها : إذا تنحنح الامام ، وظهر منه حرفان ، فهل يلزم المأموم المفارقة ، إعمالا للظاهر الغالب المقتضى لبطلان الصلاة ، أولا : لأن الأصل بقاء صلاته ، ولعله معذور فى التنحنح ، فلا يزال الأصل إلا بيقين ؟ قولان . أصحهما : الثانى :

ومنها : لو امتشط المحرم فانفصلت من لحيته شعرات ، ففيه وجهان ، أصحهما : لافدية ، لأن النتف لم يتحقق ، والأصل براءة الذمة . والثانى : يجب ، لأن المشط سبب ظاهر ، فيضاف إليه ، كإضافة الاجهاض إلى الضرب .

ومنها : الدم الذى تراه الحامل ، هل هو حيض ؟ قولان ، أصحهما : نعم ، لأن الأمر متردد بين كونه دم علة ، أو دم جبلة ، والأصل السلامة . والثانى : لا لأن الغالب فى الحامل عدم الحيض .

ومنها : لو قذف مجهولا ، وادعى رقه ، فقولان ، أصحهما : أن القول قول القاذف ، لأن الأصل براءة ذمته ، والثانى : قول المقذوف ؛ لأن الظاهر الحرية ، فإنها الغالب فى الناس :

ومنها : لو جرت خلوة بين الزوجين ، وادعت الاصابة ، فقولان : أصحهما : تصديق المنكر ، لأن الأصل عدمها ، والثانى : تصديق مدعيها ؛ لأن الظاهر من الخلوة الإصابة غالبا :

ومنها : لو اختلف الزوجان الوثنيان قبل الدخول ، فقال الزوج : أسلمنا معا ، فالنكاح باق ، وأنكرت ، فالقول قوله فى الأظهر ، لأن الأصل بقاء النكاح . والثانى قولها ، لأن التساوى فى الاسلام نادر . فالظاهر خلافه ؛

ومنها : دعوى المديون ، لا فى مقابلة مال ، الاعسار ، فيه وجهان ، أصحهما : القول قوله ، لأن الأصل العدم : والثانى : لا ، لأن الظاهر من حال الحر أنه يملك شيئا :

ومنها : إذا ادعى الغاصب عيبا خلقيا فى المغصوب ، كقوله : ولد أكمه أو أعرج أو فاقد اليد ، فوجهان . أصحهما : القول قوله ، لأن الأصل العدم ، ويمكن المالك إقامة البينة : والثانى : تصديق المالك ، لأن الغالب السلامة : بخلاف مالو ادعى عيبا حادثا . فإن الأظهر تصديق المالك ، لأن الأصل والغالب دوام السلامة . والثانى : الغاصب ، لأن الأصل براءة ذمته ، فهذه الصورة تعارض فيها أصلان ، واعتضد أحدهما بظاهر .

ونظير ذلك : مالو جنى على طرف ، وزعم نقصه ، فانه إن ادعى عيبا خلقيا فى عضو ظاهر صدق الجانى فى الأظهر ، لأن الأصل العدم ، وبراءة الذمة . والمالك يمكنه إقامة البينة ، وإن ادعى عيبا حادثا أوأصليا فى عضوباطن ، فالأظهر : تصديق المجنى عليه ، لأن الأصل السلامة .

ومنها : لوادعى المالك أنه كان كاتبا . صدق الغاصب ، لأن الأصل العدم ، وبراءة الذمة مما زاد ، والقول الثانى : المالك ، لأن الغالب أن صفات العبد لايعرفها إلا السيد :

ومنها : لوقال : هذا ولدى من جاريتى هذه ، لحقه عند الإمكان ، وهل يثبت كون الجارية أم ولد ، لأنه الظاهر ، أولا ، لاحتمال أن يكون استولدها بالزوجية ؟ فيه قولان رجح الرافعى الثانى : قال : ولهما خروج على تقابل الأصل والظاهر :

ومنها : لوقال الراهن للمرتهن ، لم تقبض العين المرهونة عن الرهن ، بل أعرتكها فالأصح أن القول قوله ، لأن الأصل عدم اللزوم وعدم الإذن فى القبض : وقيل : قول المرتهن ، لأن الظاهر أنه قبضه عن الرهن .

ومنها : جاء المتبايعان معا ؛ فقال أحدهما : لم أفارقه ، فلى خيار المجلس . فالقول قوله ، لأن الأصل عدم التفرق . كذا أطلق الأصحاب : قال الرافعى : وهو بين ، إن قصرت المدة : وأما إذا طالت فدوام الاجتماع خلاف الظاهر ، فلايبعد تخريجه على تعارض الأصل والظاهر : وتابعه ابن الرفعة :

ومنها : طرح العصير فى الدن ، وأحكم رأسه . ثم حلف أنه لم يستحل خمرا ، ولم يفتح رأسه إلى مدة ، ولما فتح وجده خلا ، فوجهان : أحدهما لايحنث . لأن الأصل عدم الاستحالة ، وعدم الحنث : والثانى إن كان ظاهر الحال صيرورته خمرا وقت الحلف حنث . وإلا فلا

ومنها ، جرح المحرم صيدا وغاب : ولم يعلم ، هل برىء أومات ؟ فالمذهب ، أن

عليه ضمان مانقص ، لأن الأصل براءة الذمة من الزائد ؛ وقيل : عليه الجزاء كاملا ، لأنه قد صيره غير ممتنع : والظاهر بقاؤه على هذه الحالة : ولو غاب ووجده ميتا ، ولم يدر هل مات بجرحه أو بسبب آخر ، فهل يجب جزاء كامل ، أو ضمان الجرح فقط؟ قولان : قال فى الروضة : أصحهما الثانى :

ونظيره ، فى مسئلة الظبية : أن لايرى الماء عقب البول ، بل تغيب ثم يجده متغيرا ، فانه لايحكم بأن التغير عن البول :

ونظيره أيضا : لوجرح الصيد وغاب ، ثم وجده ميتا : فانه لايحل فى الأظهر :

ومنها : لورمى حصاة إلى المرمى ، وشك : هل وقعت فيه أولا ؟ فقولان : أصحهما لايجزيه ، لأن الأصل عدم الوقوع فيه ، وبقاء الرمى عليه ، والثانى : يجزيه ، لأن الظاهر وقوعها فى المرمى .

الرابع : ماترجح فيه الظاهر على الأصل ، بأن كان سببا قويا منضبطا : وفيه فروع :

منها : من شك بعد الصلاة ، أو غيرها من العبادات ، فى ترك ركن غير النية ، فالمشهور أنه لايؤثر ، لأن الظاهر انقضاء العبادة على الصحة : والثانى يقول : الأصل عدم فعله ومثله : ما لوقرأ الفاتحة ، ثم شك بعد الفراغ منها فى حرف أو كلمة ، فلاأثر له . نقله فى شرح المهذب عن الجوينى :

وكذا لو استجمر وشك : هل استعمل حجرين ، أو ثلاثة كما فى فتاوى البغوى .

قال الزركشى وقياسه كذلك فيما لوغسل النجس ، وشك بعد ذلك : هل استوعبه ؟.

ومنها : اختلف المتعاقدان فى الصحة والفساد . فالأصح تصديق مدعى الصحة : لأن الظاهر جريان العقود بين المسلمين على قانون الشرع والثانى لالقول الأصل عدمها :

ومنها : لو جاء من قدام الامام واقتدى ، وشك ، هل تقدم ؟ فالأصح الصحة : وقيل ، لا ، لأن الأصل عدم تأخره :

ومنها : لو وكل بتزويج ابنته ، ثم مات الموكل ، ولم يعلم : هل مات قبل العقد ، أو بعده ؟ فالأصل عدم النكاح . وصححه الرويانى .وقال القاضى حسين :الأصح صحته لأن الظاهر بقاء الحياة :

ومنها : لوادعى الجانى رق المقتول : صدق القريب فى الأصح : لأنه الظاهر الغالب :

ومنها : شهد فى واقعة ، وعدل ، ثم شهد فى أخرى بعد زمان طويل .فالأصح طلب تعديله ثانيا : لأن طول الزمان يغير الأحوال ، والثانى ، لا ، لأن الأصل عدم التغيير :

ومنها : إذا جومعت فقضت شهوتها ، ثم اغتسلت ، ثم خرج منها منى الرجل ، فالأصح وجوب إعادة الغسل ، لأن الظاهر خروج منيها معه ، والثانى ، لا ، لأن الأصل عدم خروجه ،

ومنها : قال المالك : أجرتك الدابة ، وقال الراكب ، بل أعرتنى : ففى قول ، يصدق الراكب ، لأن الأصل براءة ذمته من الأجرة ، والأصح : تصديق المالك ، إذا مضت مدة لمثلها أجرة ، والدابة باقية ، لأن الظاهر يقتضى الاعتماد على قوله فى الإذن ، فكذلك فى صفته :

ومنها : لو ألقاه فى ماء أو نار ، فمات ، وقال الملقى : كان يمكنه الخروج ، ففى قول يصدق ، لأن الأصل براءة ذمته ، والأصح عند النووى : يصدق الولى : لأن الظاهر أنه لو تمكن لخرج .

ومنها : إذا رأت المرأة الدم لوقت يجوز أن يكون حيضا ـ أمسكت عما تمسك عنه الحائض ، لأن الظاهر أنه حيض ، وقيل لا ، عملا بالأصل :

فصل فى تعارض الأصلين

قال الإمام ، وليس المراد بتعارض الأصلين ، تقابلهما ، على وزن واحد فى الترجيح فان هذا كلام متناقض ، بل المراد التعارض ، بحيث يتخيل الناظر فى ابتداء نظره لتساويهما فاذا حقق فكره رجح : ثم تارة يجزم بأحد الأصلين ، وتارة يجرى الخلاف ، ويرجح بما عضده من ظاهر أو غيره . قال ابن الرفعة : ولو كان فى جهة أصل ، وفى جهة أصلان : جزم لذى الأصلين . ولم يجر الخلاف .

فمن فروع ذلك :

إذا ادعى العنين الوطء فى المدة ، وهو سليم الذكر والأنثيين ، فالقول قوله قطعا ، مع أن الأصل عدم الوطء ، لأن الأصل بقاء النكاح . واعتضد بظاهره أن سليم ذلك لا يكون عنينا فى الغالب ، فلو كان خصيا ، أو مجبوبا جرى وجهان ، والأصح تصديقه أيضا ، لأن إقامة البينة على الوطء تعسر . فكان الظاهر ، الرجوع إلى قوله : فلو ثبتت بكارتها رجعنا إلى تصديقها قطعا ، لاعتضاد أحد الأصلين بظاهر قوى :

ومنها : قالت : سألتك الطلاق بعوض فطلقتنى عليه متصلا فأنا منك بائن ، وقال بل بعد طول الفصل ، فلى الرجعة ، فالمصدق الزوج : قال السبكى : ولم يخرجوه على تقابل الأصلين :

ومنها : قال : بعتك الشجرة بعد التأبير فالثمرة لى ، وعاكسه المشترى ، صدق البائع ، لأن الأصل بقاء ملكه . جزم به فى الروضة .

ومنها : اختلفا فى ولد المبيعة ، فقال البائع : وضعته قبل العقد . وقال المشترى : بل بعده . قال الامام : كتب الحليمى إلى الشيخ أبى حامد يسأله عن ذلك ؟ فأجاب : بأن القول قول البائع ، لأن الأصل بقاء ملكه ، وحكى الدارمى فى المصدق وجهين :

ومنها : اختلف مع مكاتبته . فقالت : ولدته بعد الكتابة ، فكاتب مثلى . وقال السيد : بل قبلها : صدق السيد : قاله البغوى والرافعى . قالا : ولو زوج أمته بعبده ، ثم باعها له ، فولدت وقد كاتبه : وقال السيد : ولدت قبل الكتابة ، فهولى . وقال المكاتب بل بعد الشراء فكاتب : صدق المكاتب ، وفرقا بأن المكاتب هنا : يدعى ملك الولد لأن ولد أمته ملكه ، ويده مقرة على هذا الولد ، وهى تدل على الملك ، والمكاتب لايدعى الملك ، بل ثبوت حكم الكتابة فيه .

ومنها : لو وقع فى الماء نجاسة ، وشك : هل هو قلتان ، أو أقل ؟ فوجهان : أحدهما يتنجس ، وبه جزم صاحب الحاوى ، وآخرون لتحقق النجاسة ، والأصل عدم الكثرة : والثانى : لا ، وصوبه النووى : لأن الأصل : الطهارة ، وقد شككنا فى نجاسة منجسه ؛ ولا يلزم من النجاسة التنجيس ، ورجح الشيخ زين الدين الكينانى مقالة صاحب الحاوى ، وتبعه البلقينى ، لأن النجاسة محققة ، وبلوغ القلتين شرط ، والأصل عدمه ، ولا يجوز الأخذ بالاستصحاب عند القائلين به ، إلا أن يقطع بوجود المنافى ، وأما السبكى فإنه رجح مقالة النووى .

وخرج ابن أبى الصيف على هذه المسئلة فرعا ، وهو :

قلتان متغيرتان بنجاسة ، ثم غاب عنهما ثم عاد ، ولا تغير ، وشك فى بقاء الكثرة ، فقال : إن قلنا بالطهارة فى الأولى فهنا أولى ، وإلا فوجهان ، لأن الأصل بقاء الكثرة : ونازعه المحب الطبرى ، فقال : لاوجه للبناء ، ولا للخلاف لأن تلك تعارض فيها أصلان ، فنشأ قولان ، وهنا الأصل بقاء الكثرة بلا معارض .

ومنها : لو شككنا فيما أصاب من دم البراغيث . أقليل ، أم كثير ؟ ففيه احتمالان للامام ، لأن الأصل : اجتناب النجاسة ، والأصل فى هذه النجاسة العفو ، وهذه المسئلة نظير ماقبلها ، وقد رجح فى أصل الروضة : أن له حكم القليل :

ومنها : لو أدرك الإمام ، وهو راكع ، وشك : هل فارق حد الركوع قبل ركوعه فقولان : أحدهما : أنه مدرك ، لأن الأصل بقاء ركوعه ، والثانى : لا ، لأن الأصل عدم الادراك ، وهو الأصح .

ومنها : لو نوى وشك . هل كانت نيته قبل الفجر ، أو بعده ؟ لم يصح صومه : لأن الأصل عدم النية : قال النووى : ويحتمل أن يجىء فيه وجه ، لأن الأصل بقاء الليل ، كمن شك فى إدراك الركوع .

ومنها : لو أصدقها تعليم قرآن ، ووجدناها تحسنه : فقال : أنا علمتها وقالت : بل غيره ، فقولان ، لأن الأصل بقاء الصداق وبراءة ذمته ، والأصح تصديقها ؛

ومنها : إذا غاب العبد ، وانقطعت أخباره : ففى قول : تجب فطرته وهو الأصح . لأن

الأصل بقاء حياته، وفى قول: لا، لأن الأصل براءة ذمة السيد ورجح الأول بأنه ثبت اشتغال ذمة السيد قبل غيبة العبد بفطرته، فلا تزال إلا بيقين موته ويجرى القولان فى إجزاء عتقه عن الكفارة، والأصح أنه لا تجزيه لأن الأصل اشتغال ذمته بالكفارة فلا تبرأ إلا بيقين

ونظيره فى إعمال كل من الأصلين فى حالة ما إذا أدخل رجله الخف وأحدث قبل وصول القدم إلى مستقرها لا يجوز المسح ولو أخرجها إلى الساق ثم أدخلها، لا يضر، عملا بالأصل فى الموضعين.

ولو أراد جماعة إنشاء قرية لا للسكن فأقيم بها الجمعة لم يجزولو كانت قرية وانهدمت وأقام أهلها لبنائها وأقيم بها الجمعة صح عملا بالأصل فى الموضعين:

ولو وجد لحما ملقى، وشك هل هو ميتة، أو مذكى؟ لا يحل أكله ولو لاقى شيئا لم ينجسه، عملا بالأصل فيهما:

ومنها: أذن المرتهن فى البيع ورجع، ثم ادعى الرجوع قبل البيع فوجهان، لأن الأصل عدم البيع، وعدم الرجوع، والأصح تصديق المرتهن.

ومنها: لو شك: هل رضع فى الحولين أم بعدهما، فقولان لأن الأصل الحل وبقاء الحولين، والأصح لا تحريم:

ولو شك: هل رضع خمسا أو أقل، فلا تحريم قطعا لعدم معارضة أصل الإباحة بأصل آخر:

ومنها: باعه عصيرا وأقبضه ووجد خمرا، فقال البائع تخمر عندك، وقال المشترى بل عندك، فالأصل عدم التخمر وعدم قبض الصحيح، وصحح النووى تصديق البائع ترجيحا لأصل استمرار البيع، ويجرى القولان فيما لو كان رهنا مشروطا فى بيع.

ومنها: لو قبض المسلم فيه فجاء بمعيب وقال: هذا الذى قبضته، وأنكر المسلم إليه فالأصح: تصديق المسلم لأن الأصل اشتغال ذمة المسلم إليه، ولم يتيقن البراءة والثانى يصدق المسلم إليه لأن الأصل السلامة واستقرار العقد، ولهذا يصدق البائع قطعا فيما لو جاء المشترى بمعيب، وقال: هذا المبيع، لأنه لم يعارضه أصل اشتغال الذمة، وفارق المسلم لأنهما اتفقا على قبض ما ورد عليه الشراء وتنازعا فى عيب الفسخ والأصل عدمه، والثمن المعين كالبيع، وفى الذمة فيه الوجهان فى السلم:

ومنها: لو رأى المبيع قبل العقد، ثم قال البائع: هو بحاله، وقال المشترى: بل تغير: فوجهان، أحدهما يصدق البائع، لأن الأصل عدم التغير والأصح المشترى لأن البائع يدعى عليه الاطلاع على المبيع على هذه الصفة والمشترى ينكر ذلك

ومنها: إذا سلم الدار المستأجرة ثم ادعى المستأجر أنها غصبت، فالأصح أن القول قول المكرى، لأن الأصل عدم الغصب ووجه الآخر أن الأصل عدم الانتفاع، لكن اعتضد

الأول بأنه بعد التسليم بقى الأصل : وجوب الأجرة عليه إلى أن يتبين مايسقطها:

ومنها: لو أعطاه ثوبا ليخيطه فخاطه قباء وقال : أمرتنى بقطعه قباء ، فقال : بل قميصا فالأظهر تصديق المالك لأن الأصل عدم الإذن فى ذلك ، والثانى المستأجر ، لأن الأصل براءة ذمته ، والظاهر : أنه لايتجاوز إذنه .

ومنها: قد ملفوفا وزعم موته ، ففى قول يصدق القاد لأن الأصل براءة ذمته والأصح يصدق الولى ، لأن الأصل بقاء الحياة :

ومنها: لو زعم الولى سراية والجانى سببا آخر ، فالأصح تصديق الولى لأن الأصل عدم السبب والثانى الجانى ، لأن الأصل براءة الذمة .

ولو عكس بأن قطع يديه ورجليه ، وزعم الولى سببا آخر ، والجانى سراية فالأصح تصديق الولى ، لأن الأصل بقاء الديتين الواجبتين ، والثانى : الجانى ، لأن الأصل براءة ذمته :

ومنها : لوقلع سن صغير ومات قبل العود فقيل : يجب الأرش ، لأن الجناية قد تحققت والأصل عدم العود والأصح : لا ، لأن الأصل براءة الذمة ، والظاهر أنه لو عاش لعادت .

ومنها : ادعى أحد الزوجين التفويض والآخر التسمية ، فالأصل عدم التسمية من جانب وعدم التفويض من جانب ، كذا فى أصل الروضة . قال البلقينى : لم يبين فيه الحكم وكأنه أحاله على ماإذا اختلفا فى عقدين ، فان كلا يحلف على نفى دعوى الآخر .

ومنها: إذا قال : كان له على كذا ، ففى كونه مقرا به خلاف لأن الأصل الاستمرار والأصل براءة الذمة ، والأصح أنه ليس بإقرار :

ومنها : اطلعنا على كافر فى دارنا فقال : دخلت بأمان مسلم ، ففى مطالبته بالبينة وجهان لأن الأصل عدم الأمان ، ويعضده : أن الغالب على من يستأمن الاستئناس بالاشهاد ، والأصل حقن الدماء ، ويعضده : أن الظاهر أن الحربى لايقدم على هذا إلا بأمان ، وهذا هو الأصح :

ومنها : لو شهد عليه بكلمة الكفر فادعى الاكراه ، فليجدد الاسلام فان قتله مبادرا قبل التجديد ، ففى الضمان وجهان . قال فى الوسيط : مأخوذان من تقابل الأصلين عدم الاكراه وبراءة الذمة :

ومنها : طار طائر فقال ، إن لم أصد هذا الطائر اليوم فأنت طالق ، ثم اصطاد ذلك اليوم طائرا وجهل : هل هو ذلك أو غيره ، ففى وقوع الطلاق تردد لتعارض أصلين : بقاء النكاح ، وعدم اصطياده ، ورجح النووى من زوائده عدم الوقوع

ومنها : زاد المقتص فى الموضحة وقال : حصلت الزيادة باضطراب الجانى وأنكر

ففى المصدق وجهان فى الروضة بلا ترجيح ، لأن الأصل براءة الذمة وعدم الاضطراب :
قال ابن الرفعة : وينبغى القطع بتصديق المشجوج ، يعنى وهو المقتص لأنه وجد فى حقه أصلان : براءة الذمة وعدم الارتعاش ، ولم يوجد فى حق الآخر إلا أصل واحد ، بل والظاهر أيضا أن من مسه آلة القصاص يتحرك بالطبع :

ومنها : ضربها الزوج وادعى نشوزها ، وادعت هى أن الضرب ظلم ، فقد تعارض أصلان : عدم ظلمه وعدم نشوزها ، قال ابن الرفعة : لم أر فيها نقلا قال : والذى يقوى فى ظنى أن القول قوله ، لأن الشارع جعله وليا فى ذلك :

تذنيب

لهم أيضا تعارض الظاهرين

ومن أمثلته : إذا أقرت بالنكاح وصدقها المقر له بالزوجية ، فالجديد قبول الاقرار لأن الظاهر صدقهما فيما تصادقا عليه ، والقديم إن كانا بلديين طولبا بالبينة ، لمعارضة هذا الظاهر بظاهر آخر ، وهو أن البلديين يعرف حالهما غالبا ، ويسهل عليهما إقامة البينة .

فوائد

نختم بها الكلام على هذه القاعدة

الأولى : قال ابن القاص فى التلخيص ، لا يزال حكم اليقين بالشك إلا فى إحدى عشرة مسألة :

إحداها : شك ماسح الخف ، هل انقضت المدة أم لا ؟

الثانية : شك هل مسح فى الحضر أو فى السفر ، يحكم فى المسألتين بانقضاء المدة :

الثالثة : إذا أحرم المسافر بنية القصر خلف من لايدرى : أمسافر هو ، أم مقيم ؟ لم يجز القصر :

الرابعة : بال حيوان فى ماء كثير ، ثم وجده متغيرا ولم يدر ، أتغير بالبول أم بغيره فهو نجس :

الخامسة : المستحاضة المتحيرة ، يلزمها الغسل عند كل صلاة ، يشك فى انقطاع الدم قبلها :

السادسة : من أصابته نجاسة فى ثوبه أو بدنه وجهل موضعها ، يجب غسله كله :

السابعة : شك مسافر . أوصل بلده أم لا ، لايجوز له الترخص

الثامنة : شك مسافر هل نوى الإقامة أم لا ؟ لايجوز له الترخص :

التاسعة : المستحاضة وسلس البول إذا توضأ ، ثم شك : هل انقطع حدثه أم لا ؟ فصلى بطهارته ، لم تصح صلاته :

العاشرة : تيمم ، ثم رأى شيئا لايدرى : أسراب هو ، أم ماء بطل تيممه ، وإن بان سرابا ؛

الحادية عشرة ، رمى صيدا فجرحه ، ثم غاب فوجده ميتا ، وشك هل أصابته رمية أخرى من حجر أو غيره لم يحل أكله ، وكذا لو أرسل عليه كلبا .

هذا ماذكره ابن القاص ؛

وقد نازعه القفال وغيره فى استثنائها بأنه لم يترك اليقين فيها بالشك ، وإنما عمل فيها بالأصل الذى لم يتحقق شرط العدول عنه ، لأن الأصل فى الأولى والثانية غسل الرجلين وشرط المسح : بقاء المدة وشككنا فيه ، فعمل بأصل الغسل ، وفى الثالثة والسابعة والثامنة القصر رخصة بشرط ، فاذا لم يتحقق رجع إلى الأصل ، وهو الاتمام ؛ وفى الخامسة الأصل وجوب الصلاة ، فاذا شكت فى الانقطاع فصلت بلا غسل ، لم تتيقن البراءة منها وفى السادسة : الأصل أنه ممنوع من الصلاة إلا بطهارة عن هذه النجاسة ، فلما لم يغسل الجميع فهو شاك فى زوال منعه من الصلاة ، وفى العاشرة : إنما بطل التيمم لأنه توجه الطلب عليه ، وفى الحادية عشرة فى حل الصيد قولان ، فان قلنا لايحل فليس ترك يقين بشك لأن الأصل التحريم ، وقد شككنا فى الاباحة ، وقد نقل النووى ذلك فى شرح المهذب وقال ماقاله القفال فيه نظر ؛

والصواب فى أكثر هذه المسائل مع ابن القاص ؛

قال وقد استثنى إمام الحرمين أيضا والغزالى ما إذا شك الناس فى انقضاء وقت الجمعة فانهم لايصلون الجمعة ، وإن كان الأصل بقاء الوقت .

قال : ومما يستثنى إذا توضأ وشك ، هل مسح رأسه أم لا ، وفيه وجهان الأصح صحة وضوئه ، ولايقال الأصل عدم المسح .

ومثله لو سلم من صلاته ، وشك هل صلى ثلاثا أو أربعا ، والأظهر أن صلاته مضت على الصحة ؛

قال : فان تكلف متكلف ، وقال : المسألتان داخلتان فى القاعدة ، فانه شك هل ترك أو لا ، والأصل عدمه ، فليس بشىء لأن الترك عدم باق على ما كان عليه ، وإنما المشكوك فيه الفعل ، والأصل عدمه ولم يعمل بالأصل ؛

قال : وأما إذا سلم من صلاته فرأى عليه نجاسة ، واحتمل وقوعها فى الصلاة وحدوثها بعدها ، فلا تلزمه إعادة الصلاة ، بل مضت على الصحة ، فيحتمل أن يقال الأصل عدم النجاسة فلا يحتاج إلى استثنائها لدخولها فى القاعدة ، ويحتمل أن يقال : تحقق النجاسة وشك فى انعقاد الصلاة ؛ والأصل عدمه ، وبقاؤها فى الذمة ، فيحتاج إلى استثنائها انتهى كلام النووى ؛

وزاد ابن السبكى فى نظائره صورا أخرى :

منها : إذا جاء من قدام الامام واقتدى به وشك ، هل هو متقدم عليه ، فالصحيح فى التحقيق وشرح المهذب أنه تصح صلاته :

فهذا ترك أصل من غير معارض ، ولذلك رجح ابن الرفعة مقابله : أنه لايصح عملا بالأصل السالم عن المعارض ولو كان جاء من خلف الإمام صحت قطعا ، لأن الأصل عدم تقدمه .

وفى نظير هذه المسألة لو صلى وشك ، هل تقدم على الإمام بالتكبير أولا ، لاتصح صلاته وفرق بأن الصحة فى التقدم أكثر وقوعا فانها تصح فى صورتين : التأخير والمساواة وتبطل فى التقدم خاصة ، والصحة فى التكبير أقل وقوعا ، فانها تبطل بالمقارنة والتقدم ، وتصح فى صورة واحدة ، وهى التأخر :

ومنها : من له كفان عاملتان أو غير عاملتين ، فبأيهما مس انتقض وضوءه مع الشك فى أنها أصلية أو زائدة ، والزائدة لاتنقض ، ولهذا لو كانت إحداها عاملة فقط انتقض بها وحدها على الصحيح :

ومنها : إذا ادعى الغاصب تلف المغصوب صدق بيمينه على الصحيح : وإلا لتخلد الحبس عليه إذا كان صادقا وعجز عن البينة ، والثانى يصدق المالك ، لأن الأصل البقاء

وزاد الزركشى فى قواعده صورا أخرى :

منها : مسألة الهرة ، فان الأصل نجاسة فمها ، فترك ، لاحتمال ولوغها فى ماء كثير وهو شك :

ومنها : من رأى منيا فى ثوبه أو فراشه الذى لاينام فيه غيره ولم يذكر احتلاما ، لزمه الغسل فى الأصح ، مع أن الأصل عدمه .

ومنها : من شك بعد صوم يوم من الكفارة ، هل نوى لم يؤثر على الصحيح مع أن الأصل عدم النية .

ومنها : من عليه فائتة شك فى قضائها لا يلزمه ، مع أن الأصل بقاؤها ، ذكره الشيخ عز الدين فى مختصر النهاية :

الفائدة الثانية

قال الشيخ أبو حامد الاسفرايني : الشك على ثلاثة أضرب ، شك طرأ على أصل حرام ، وشك طرأ على أصل مباح ، وشك لايعرف أصله :

فالأول : مثل أن يجد شاة فى بلد فيها مسلمون ومجوس ، فلا يحل حتى يعلم أنها ذكاة مسلم لأنها أصلها حرام ، وشككنا فى الذكاة المبيحة ، فلو كان الغالب فيها المسلمون جاز الأكل عملا بالغالب المفيد للظهور :

والثانى : أن يجد ماء متغيرا ، واحتمل تغيره بنجاسة ، أو بطول المكث يجوز التطهر به عملا بالغالب عملا بأصل الطهارة .

والثالث : مثل معاملة من أكثر ماله حرام ولم يتحقق أن المأخوذ من ماله عين الحرام فلا تحرم مبايعته لإمكان الحلال وعدم تحقق التحريم ، ولكن يكره خوفا من الوقوع فى الحرام . انتهى .

الثالثة

قال النووى : اعلم أن مراد أصحابنا بالشك فى الماء والحدث والنجاسة والصلاة والعتق والطلاق وغيرها : هو التردد بين وجود الشىء وعدمه سواء كان الطرفان فى التردد سواء أو أحدهما راجحا فهذا معناه فى استعمال الفقهاء وكتب الفقه .

أما أصحاب الأصول : فانهم فرقوا بين ذلك وقالوا : التردد إن كان على السواء فهو شك ، وإن كان أحدهما راجحا فالراجح ظن والمرجوح وهم .

ووقع للرافعى : أنه فرق بينهما فى الحدث فقال : إنه يرفع بظن الطهر ، لا بالشك فيه وتبعه فى الحاوى الصغير وقيل : إنه غلط معدود من أفراده . قال ابن الرفعة لم أره لغيره .

قال فى المهمات : وفى الشامل إنما قلنا بنقض الوضوء بالنوم مضطجعا ، لأن الظاهر خروج الحدث فصدق أن يقال : رفعنا يقين الطهارة بظن الحدث بخلاف عكسه فكأن الرافعى أراد ماذكره ابن الصباغ فانعكس عليه . ولمجلى احتمال فيما إذا ظن الحدث بأسباب عارضة فى تخريجه على قولى الأصل والغالب .

قال الزركشى : وما زعمه النووى من أنه فى سائر الأبواب لافرق فيه بين المساوى والراجح يرد عليه أنهم فرقوا فى مواضع كثيرة :

منها : فى الإيلاء لو قيد بمستبعد الحصول فى الأربعة ، كنزول عيسى فمؤول ، وإن ظن حصوله قبلها فلا ، وإن شك فوجهان .

ومنها : شك فى المذبوح ، هل فيه حياة مستقرة ، حرم للشك فى المبيح . وإن غلب على ظنه بقاؤها حل .

ومنها : فى الأكل من مال الغير إذا غلب على ظنه الرضى جاز ، وإن شك فلا .

ومنها : وجوب ركوب البحر فى الحج إذا غلبت السلامة ، وإن شك فلا .

ومنها : المرض إذا غلب على ظنه كونه مخوفا ، نفذ التصرف من الثلث وإن شككنا فى كونه مخوفا لم ينفذ إلا بقول أهل الخبرة .

ومنها : قال الرافعى فى كتاب الاعتكاف : قولهم «لا يقع الطلاق بالشك» مسلم ، لكنه يقع بالظن الغالب انتهى .

ويشهد له لو قال : إن كنت حاملا فأنت طالق : فاذا مضت ثلاثة أقراء من وقت التعليق وقع الطلاق ، مع أن الأقراء لاتفيد إلا الظن ولهذا أيد الإمام احتمالا بعدم الوقوع :

الرابعـــة

يعبر عن الأصل فى جميع ماتقدم بالاستصحاب ، وهو استصحاب الماضى فى الحاضر وأما استصحاب الحاضر فى الماضى فهو الاستصحاب المقلوب :

قال الشيخ تقى الدين السبكى : ولم يقل به الأصحاب إلا فى مسألة واحدة وهو ما إذا اشترى شيئا فادعاه مدع وانتزعه منه بحجة مطلقة ، فانهم أطبقوا على ثبوت الرجوع له على البائع : بل لو باع المشترى أو وهب ، وانتزع من المشترى منه أو الموهوب له. كان للمشترى الأول الرجوع أيضا ، فهذا استصحاب الحال فى الماضى فان البينة لاتنشىء الملك ولكن تظهره ، والملك سابق على إقامتها ، لابد من تقدير زمان لطيف له ويحتمل انتقال الملك من المشترى إلى المدعى ولكنهم استصحبوا مقلوبا ، وهو عدم الانتقال عنه فيما مضى

قال ابنه تاج الدين : وقيل به أيضا على وجه ضعيف فيما إذا وجدنا ركازا، ولم ندر هل هو جاهلى أو إسلامى ، أنه يحكم بأنه جاهلى ولو كان المغصوب باقيا ، وهو أعور مثلا فقال الغاصب: هكذا غصبته : فالقول قول الغاصب : صرح به الشيخ أبو حامد وغيره فهذا استصحاب مقلوب .

ونظيره لو قال المالك : كان طعامى جديدا ، وقال الغاصب عتيقا فالمصدق الغاصب

القاعـــــدة الثالثة

المشقة : تجلب التيسير

الأصل فى هذه القاعدة قوله تعالى (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر) وقوله تعالى (وما جعل عليكم فى الدين من حرج) وقوله صلى الله عليه وسلم «بعثت بالحنيفية السمحة» أخرجه أحمد فى مسنده من حديث جابر بن عبد الله . ومن حديث أبى أمامة والديلمى وفى مسند الفردوس من حديث عائشة رضى الله عنها .

وأخرج أحمد فى مسنده والطبرانى والبزار وغيرها عن ابن عباس قال «قيل : يارسول الله ، أى الأديان أحب إلى الله ، قال : الحنيفية السمحة » وأخرجه البزار من وجه آخر بلفظ « أى الإسلام» :

وروى الطبرانى فى الأوسط من حديث أبى هريرة رضى الله عنه « إن أحب الدين إلى الله الحنيفية السمحة» :

وروى الشيخان وغيرهما من حديث أبى هريرة وغيره «إنما بعثتم ميسرين ، ولم تبعثوا معسرين» وحديث «يسروا ولا تعسروا» .

وروى أحمد من حديث أبي هريرة مرفوعا «إن دين الله يسر ـ ثلاثا» :

وروى أيضا من حديث الأعرابي بسند صحيح « إن خير دينكم أيسره ، إن خير دينكم أيسره» :

وروى ابن مردويه من حديث محجن بن الأدرع مرفوعا «إن الله إنما أراد بهذه الأمة اليسر ولم يرد بهم العسر» :

وروى الشيخان عن عائشة رضى الله عنها « ماخير رسول الله صلى الله عليه وسلم بين أمرين ، إلا اختار أيسرهما ، مالم يكن إثما» :

وروى الطبراني عن ابن عباس مرفوعا « إن الله شرع الدين فجعله سهلا سمحا واسعا ولم يجعله ضيقا» :

قال العلماء : يتخرج على هذه القاعدة جميع رخص الشرع وتخفيفاته :

واعلم أن أسباب التخفيف فى العبادات وغيرها سبعة :

الأول : السفر :

قال النووى : ورخصه ثمانية :

منها : مايختص بالطويل قطعا وهو القصر والفطر والمسح أكثر من يوم وليلة :

ومنها : مالايختص به قطعا ، وهو ترك الجمعة وأكل الميتة :

ومنها : مافيه خلاف ، والأصح اختصاصه به وهو الجمع .

ومنها : مافيه خلاف ، والأصح عدم اختصاصه به ، وهو التنفل على الدابة وإسقاط الفرض بالتيمم :

واستدرك ابن الوكيل رخصة تاسعة ، صرح بها الغزالى وهى :

ما إذا كان له نسوة وأراد السفر ، فانه يقرع بينهن . ويأخذ من خرجت لها القرعة ، ولا يلزمه القضاء لضراتها إذا رجع : وهل يختص ذلك بالطويل؟ وجهان : أصحهما : لا

الثانى : المرض ، ورخصه كثيرة ، التيمم عند مشقة استعمال الماء ، وعدم الكراهة فى الاستعانة بمن يصب عليه أو يغسل أعضاءه ، والقعود فى صلاة الفرض : وخطبة الجمعة : والاضطجاع فى الصلاة ، والايماء والجمع بين الصلاتين على وجه اختاره النووى والسبكى والأسنوى والبلقينى ، ونقل عن النص وصح فيه الحديث وهو المختار ، والتخلف عن الجماعة والجمعة مع حصول الفضيلة كما تقدم ، والفطر فى رمضان وترك الصوم للشيخ الهرم مع الفدية ، والانتقال من الصوم إلى الاطعام فى الكفارة ، والخروج من المعتكف وعدم قطع التتابع المشروط فى الاعتكاف ، والاستنابة فى الحج وفى رمى الجمار ؛ وإباحة محظورات الاحرام مع الفدية ، والتحالل على وجه . فان شرطه فعلى المشهور ، والتداوى بالنجاسات وبالخمر على وجه ، وإساغة اللقمة بها إذا غص بالاتفاق ، وإباحة النظر حتى للعورة والسوأتين .

الثالث : الاكراه .

الرابع : النسيان :

الخامس : الجهل ، وسيأتى لها مباحث :

السادس : العسر وعموم البلوى ، كالصلاة مع النجاسة المعفو عنها ، كدم القروح والدمامل والبراغيث ، والقيح والصديد ، وقليل دم الأجنبي وطين الشارع ، وأثر نجاسة عسر زواله ، وذرق الطيور إذا عم فى المساجد والمطاف وما يصيب الحب فى الدوس من روث البقر وبوله .

ومن ذلك العفو عما لا يدركه الطرف وما لا نفس له سائلة ، وريق النائم ، وفم الهرة :

ومن ثم لا يتعدى إلى حيوان لا يعم اختلاطه بالناس كما قال الغزالى وأفواه الصبيان . وغبار السرجين ونحوه وقليل الدخان أو الشعر النجس ، ومنفذ الحيوان .

ومن ثم لا يعفى عن منفذ الآدمى ، لامكان صونه عن الماء ونحوه ، وروث ما نشوءه فى الماء والمائع وما فى جوف السمك الصغار على وجه اختاره الرويانى :

ومن ذلك : مشروعية الاستجمار بالحجر وإباحة الاستقبال والاستدبار فى قضاء الحاجة فى البنيان ، ومس المصحف للصبى المحدث :

ومن ثم لا يباح له إذا لم يكن متعلما كما نقله فى المهمات عن مفهوم كلامهم ، وجواز المسح على العمامة لمشقة استيعاب الرأس ، ومسح الخف فى الحضر لمشقة نزعه فى كل وضوء ومن ثم وجب نزعه فى الغسل لعدم تكرره :

وأنه لا يحكم على الماء بالاستعمال مادام مترددا على العضو ، ولا يضره التغيير بالمكث والطين والطحلب وكل مايعسر صونه عنه ، وإباحة الأفعال الكثيرة والاستدبار فى صلاة شدة الخوف ، وإباحة النافلة على الدابة فى السفر ، وفى الحضر على وجه ، وإباحة القعود فيهما مع القدرة ، وكذا الاضطجاع والإبراد بالظهر فى شدة الحر :

ومن ثم لا إبراد بالجمعة لاستحباب التبكير إليها :

والجمع فى المطر وترك الجماعة والجمعة بالأعذار المعروفة وعدم وجوب قضاء الصلاة على الحائض لتكررها بخلاف الصوم وبخلاف المستحاضة لندرة ذلك ، وأكل الميتة ومال الغير مع ضمان البدل إذا اضطر ، وأكل الولى من مال اليتيم بقدر أجرة عمله إذا احتاج وجواز تقديم نية الصوم على أوله ، ونية صوم النفل بالنهار ، وإباحة التحلل من الحج بالإحصار والفوات ، ولبس الحرير للحكة والقتال وبيع نحو الرمان والبيض فى قشره ، والموصوف فى الذمة وهو السلم ، مع النهى عن بيع الغرر ، والاكتفاء برؤية ظاهر الصبرة وأنموذج المتماثل ، وبارز الدار عن أسها . ومشروعية الخيار لما كان البيع يقع غالبا من غير ترو ويحصل فيه الندم فيشق على العاقد ، فسهل الشارع ذلك عليه بجواز الفسخ فى مجلسه

وشرع له أيضا شرطه ثلاثة أيام ، ومشروعية الرد بالعيب ؛ والتحالف ، والإقالة ، والحوالة ، والرهن ، والضمان ، والإبراء ، والقرض ، والشركة ، والصلح ، والحجر ، والوكالة ، والإجارة ، والمساقاة ، والمزارعة ، والقراض ، والعارية ، والوديعة للمشقة العظيمة فى أن كل أحد لاينتفع إلا بما هو ملكه ، ولا يستوفى إلا ممن عليه حقه ، ولا يأخذه إلا بكماله ، ولا يتعاطى أموره إلا بنفسه ؛ فسهل الأمر بإباحة الانتفاع بملك الغير ، بطريق الإجارة أو الاعارة أو القراض ، وبالاستعانة بالغير وكالة ، وإيداعا ، وشركة وقراضا ، ومساقاة ، وبالاستيفاء من غير المديون حوالة ، وبالتوثق على الدين برهن وضامن وكفيل وحجر ، وبإسقاط بعض الدين صلحا ، أو كله إبراء .

ومن التخفيف : جواز العقود الجائزة ، لأن لزومها يشق ، ويكون سببا لعدم تعاطيها ولزوم اللازم ، وإلا لم يستقر بيع ولا غيره ؛

ومنه : إباحة النظر عند الخطبة ، وللتعليم ، والإشهاد والمعاملة والمعالجة وللسيد ؛

ومنه : جواز العقد على المنكوحة من غير نظر ، لما فى اشتراطه من المشقة التى لا يحتملها كثير من الناس فى بناتهم وأخواتهم : من نظر كل خاطب ، فناسب التيسير لعدم اشتراطه بخلاف المبيع فان اشتراط الرؤية فيه لا يفضى إلى عسر ومشقة ؛

ومنه : إباحة أربع نسوة فلم يقتصر على واحدة تيسيرا على الرجال وعلى النساء أيضا لكثرتهن ولم يزد على أربع لما فيه من المشقة على الزوجين فى القسم وغيره .

ومنه : مشروعية الطلاق ، لما فى البقاء على الزوجية من المشقة عند التنافر ، وكذا مشروعية الخلع والافتداء والفسخ بالعيب ونحوه ، والرجعة فى العدة لما كان الطلاق يقع غالبا بغتة فى الخصام والحرج ويشق عليه التزامه ، فشرعت له الرجعة فى تطليقتين : ولم تشرع دائما لما فيه من المشقة على الزوجة إذا قصد إضرارها بالرجعة والطلاق كما كان ذلك فى أول الاسلام ثم نسخ ؛

ومنه : مشروعية الاجبار على الوطء أو الطلاق فى المولى .

ومنه : مشروعية الكفارة فى الظهار واليمين تيسيرا على المكلفين لما فى التزام موجب ذلك من المشقة عند الندم ؛

وكذا مشروعية التخيير فى كفارة اليمين لتكرره بخلاف كفارة الظهار والقتل والجماع لندرة وقوعها ، ولأن المقصود الزجر عنها ؛

ومشروعية التخيير فى نذر اللجاج : بين ما التزم والكفارة لما فى الالتزام بالمنذور لجاجا من المشقة ؛

ومنه : مشروعية التخيير بين القصاص والدية تيسيرا على هذه الأمة على الجانى والمجنى عليه ، وكان فى شرع موسى عليه السلام القصاص متحتما ولا دية .

وفى شرع عيسى عليه السلام الدية ولا قصاص .

ومنه : مشروعية الكتابة ، ليتخلص العبد من دوام الرق لما فيه من العسر ، فيرغب السيد الذى لايسمح بالعتق مجانا ، بما يبذل له من النجوم .

ومنه : مشروعية الوصية عند الموت ليتدارك الانسان مافرط منه فى حال الحياة وفسح له فى الثلث دون مازاد عليه دفعا لضرر الورثة ، فحصل التيسير ودفع المشقة فى الجانبين

ومنه : إسقاط الاثم عن المجتهدين فى الخطأ والتيسير عليهم بالاكتفاء بالظن ولوكلفوا الأخذ باليقين لشق وعسر الوصول إليه .

فقد بان بهذا أن هذه القاعدة يرجع إليها غالب أبواب الفقه .

السبب السابع : النقص

فانه نوع من المشقة ، إذ النفوس مجبولة على حب الكمال ، فناسبه التخفيف فى التكليفات .

فمن ذلك : عدم تكليف الصبى ، والمجنون ، وعدم تكليف النساء بكثير مما يجب على الرجال : كالجماعة ، والجمعة ، والجهاد : والجزية ، وتحمل العقل ، وغير ذلك ، وإباحة لبس الحرير ، وحلى الذهب ، وعدم تكليف الأرقاء بكثير ، مما على الأحرار ، ككونه على النصف من الحر فى الحدود والعدد ، وغير ذلك مما سيأتى فى الكتاب الرابع .

وهذه فوائد مهمة نختم بها الكلام على هذه القاعدة

الأولى : فى ضبط المشاق المقتضية للتخفيف .

المشاق على قسمين : مشقة لاتنفك عنها العبادة غالبا ، كمشقة البرد فى الوضوء ، والغسل . ومشقة الصوم فى شدة الحر ، وطول النهار . ومشقة السفر ، التى لا انفكاك للحج والجهاد عنها . ومشقة ألم الحدود ، ورجم الزناة ، وقتل الجناة ، فلا أثر لهذه فى إسقاط العبادات فى كل الأوقات .

ومن استثنى من ذلك جواز التيمم للخوف من شدة البرد ، فلم يصب ، لأن المراد أن يخاف من شدة البرد حصول مرض من الأمراض التى تبيح التيمم ، وهذا أمر ينفك عنه الاغتسال فى الغالب ، أما ألم البرد الذى لايخاف معه المرض المذكور ، فلا يبيح التيمم بحال . وهو الذى لايبيح الانتقال إلى التيمم .

وأما المشقة التى لاتنفك عنها العبادات غالبا ، فعلى مراتب :

الأولى : مشقة عظيمة فادحة : كمشقة الخوف على النفوس ، والأطراف ، ومنافع الأعضاء ، فهى موجبة للتخفيف والترخيص قطعا ، لأن حفظ النفوس ، والأطراف

لإقامة مصالح الدين أولى من تعريضها للفوات فى عبادة ، أو عبادات يفوت بها أمثالها :

الثانية : مشقة خفيفة لاوقع لها ، كأدنى وجع فى إصبع ، وأدنى صداع فى الرأس ، أو سوء مزاج خفيف . فهذه لاأثر لها ، ولا التفات إليها ، لأن تحصيل مصالح العبادات أولى من دفع مثل هذه المفسدة التى لاأثر لها :

الثالثة : متوسطة بين هاتين المرتبتين : فما دنا من المرتبة العليا ، أوجب التخفيف ، أو من الدنيا ، لم يوجبه كحمى خفيفة ، ووجع الضرس اليسير ، وما تردد فى إلحاقه بأيهما اختلف فيه ولا ضبط لهذه المراتب إلا بالتقرب :

وقد أشار الشيخ عز الدين إلى أن الأولى فى ضبط مشاق العبادات : أن تضبط مشقة كل عبادة بأدنى المشاق المعتبرة فى تخفيف تلك العبادة : فإن كانت مثلها ، أو أزيد ، ثبتت الرخصة : ولذلك اعتبر فى مشقة المرض المبيح للفطر فى الصوم : أن يكون كزيادة مشقة الصوم فى السفر عليه فى الحضر : وفى إباحة محظورات الإحرام : أن يحصل بتركها ، مثل مشقة القمل الوارد فيه الرخصة :

وأما أصل الحج ، فلا يكتفى فى تركه بذلك ، بل لا بد من مشقة لا يحتمل مثلها ، كالخوف على النفس ، والمال : وعدم الزاد والراحلة :

وفى إباحة ترك القيام إلى القعود : أن يحصل به مايشوش الخشوع ، وإلى الاضطجاع أشق ، لأنه مناف لتعظيم العبادات . بخلاف القعود ، فانه مباح بلا عذر : كما فى التشهد : فلم يشترط فيه العجز بالكلية :

وكذلك اكتفى فى إباحة النظر إلى الوجه والكفين بأصل الحاجة . واشترط فى سائر الأعضاء تأكدها . وضبطه الإمام بالقدر الذى يجوز الانتقال معه إلى التيمم ، واشترط فى السوأتين مزيد التأكيد ، وضبطه الغزالى بما لايعد التكشف بسببه هتكا للمروءة ، ويعذر فيه فى العادة :

تنبيه

من المشكل على هذا الضابط : التيمم . فانهم اشترطوا فى المرض المبيح له : أن يخاف معه تلف نفس ، أو عضو ، أو منفعته ، أو حدوث مرض مخوف ، أو بطء البرء ، أو شين فاحش . فى عضو ظاهر ، ومشقة السفر دون ذلك بكثير .

قال العلائى : ولعل الفارق بين السفر والمرض : أن المقصود أن لاينقطع المسافر عن رفقته ، ولا يحصل له مايعوق عليه التقلب فى السفر بالمعايش ، فاغتفر فيه أخف مما يلحق المريض . أشار إلى ذلك إمام الحرمين :

وأشكل من هذا : أنهم لم يوجبوا شراء الماء بزيادة يشيرة على ثمن المثل ، وجوزوا التيمم ، ومنعوه فيما إذا خاف شينا فاحشا فى عضو باطن ، مع أن ضرره أشد من ضرر

بذل الزيادة اليسيرة جدا ، خصوصا إذا كان رقيقا ، فانه ينقص بذلك قيمته أضعاف قدر الزيادة المذكورة ، وقد استشكله الشيخ عز الدين وغيره ، ولا جواب عنه :

تنبيه

ضبط فى الروضة ، وأصلها ، نقلا عن الأصحاب : المرض المبيح للفطر ، ولأكل الميتة : بالمبيح للتيمم :

الفائدة الثانية

قال الشيخ عز الدين : تخفيفات الشرع ستة أنواع :

الأول : تخفيف إسقاط ، كإسقاط الجمعة ، والحج ، والعمرة ، والجهاد : بالأعذار :

الثانى : تخفيف تنقيص ، كالقصر :

الثالث : تخفيف إبدال ، كابدال الوضوء ، والغسل ، بالتيمم ، والقيام فى الصلاة بالقعود والاضطجاع ، أو الإيماء ، والصيام بالاطعام .

الرابع : تخفيف تقديم ، كالجمع ، وتقديم الزكاة على الحول ، وزكاة الفطر فى رمضان ، والكفارة على الحنث :

الخامس : تخفيف تأخير ، كالجمع ، وتأخير رمضان للمريض والمسافر ، وتأخير الصلاة فى حق مشتغل بانقاذ غريق ، أو نحوه من الأعذار الآتية .

السادس : تخفيف ترخيص ، كصلاة المستجمر ، مع بقية النجو ، وشرب الخمر للغصة ، وأكل النجاسة للتداوى ، ونحو ذلك :

واستدرك العلائى سابعا ، وهو : تخفيف تغيير ، كتغيير نظم الصلاة فى الخوف :

الفائدة الثالثة

الرخص أقسام :

ما يجب فعلها ، كأكل الميتة للمضطر ، والفطر لمن خاف الهلاك بغلبة الجوع والعطش وإن كان مقيما صحيحا ، وإساغة الغصة بالخمر :

وما يندب ، كالقصر فى السفر والفطر لمن يشق عليه الصوم فى سفر ، أو مرض ، والابراد بالظهر ، والنظر إلى المخطوبة .

وما يباح ، كالسلم :

وما الأولى تركها : كالمسح على الخف ، والجمع ، والفطر لمن لا يتضرر ، والتيمم لمن وجد الماء يباع بأكثر من ثمن المثل ، وهو قادر عليه :

وما يكره فعلها ، كالقصر فى أقل من ثلاثة مراحل :

الفائدة الرابعة

تعاطى سبب الرخصة ، لقصد الترخيص فقط ، هل يبيحه ؟ فيه صور تقدمت فى أواخر القاعدة الأولى .

الفائدة الخامسة

بمعنى هذه القاعدة : قول الشافعى رضى الله عنه : (إذا ضاق الأمر اتسع) : وقد أجاب بها فى ثلاثة مواضع :

أحدها : فيما إذا فقدت المرأة وليها فى سفر ، فولت أمرها رجلا يجوز .

قال يونس بن عبد الأعلى : فقلت له : كيف هذا ؟ . قال : إذا ضاق الأمر اتسع .

الثانى : فى أوانى الخزف المعمولة بالسرجين ؟ أيجوز الوضوء منها ؟ فقال : إذا ضاق الأمر اتسع ، حكاه فى البحر .

الثالث : حكى بعض شراح المختصر أن الشافعى ، سئل عن الذباب يجلس على غائط ثم يقع على الثوب ، فقال : إن كان فى طيرانه ما يجف فيه رجلاه ، وإلا فالشىء إذا ضاق اتسع .

ولهم عكس هذه القاعدة : إذا اتسع الأمر ضاق .

قال ابن أبى هريرة فى تعليقه : وضعت الأشياء فى الأصول على أنها إذا ضاقت اتسعت وإذا اتسعت ضاقت .

ألا ترى أن قليل العمل فى الصلاة لما اضطر إليه ، سومح به ، وكثيره لما لم يكن به حاجة لم يسامح به . وكذلك قليل البراغيث وكثيره .

وجمع الغزالى فى الإحياء بين القاعدتين بقوله : كل ما تجاوز عن حده انعكس إلى ضده .

ونظير هاتين القاعدتين فى التعاكس قولهم : يغتفر فى الدوام ما لا يغتفر فى الابتداء ، وقولهم : يغتفر فى الابتداء ما لا يغتفر فى الدوام ، وسيأتى ذكر فروعها .

القاعدة الرابعة : الضرر يزال

أصلها قوله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » .

أخرجه مالك فى الموطأ عن عمرو بن يحيى عن أبيه مرسلا . وأخرجه الحاكم فى المستدرك والبيهقى ، والدارقطنى ، من حديث أبى سعيد الخدرى . وأخرجه ابن ماجه من حديث ابن عباس ، وعبادة بن الصامت .

،علم أن هذه القاعده ينبنى عليها كثير من أبواب الفقه ؛

من ذلك : الرد بالعيب، وجميع أنواع الخيار : من اختلاف الوصف المشروط ، والتعزير ، وإفلاس المشترى ، وغير ذلك ؛ والحجر بأنواعه ، والشفعة ، لأنها شرعت لدفع ضرر القسمة . والقصاص ، والحدود ، والكفارات ، وضمان المتلف ، والقسمة ، ونصب الأئمة ، والقضاة ، ودفع الصائل ، وقتال المشركين ، والبغاة ، وفسخ النكاح بالعيوب ، أو الإعسار ، أو غير ذلك ، وهى مع القاعدة التى قبلها متحدة ، أومتداخلة .

ويتعلق بهذه القاعدة قواعد :

الأولى : الضروريات تبيح المحظورات ، بشرط عدم نقصانها عنها ؛

ومن ثم جاز أكل الميتة عند المخمصة ، وإساغة اللقمة بالخمر ، والتلفظ بكلمة الكفر للاكراه وكذا إتلاف المال ، وأخذ مال الممتنع من أداء الدين بغير إذنه ودفع الصائل، ولو أدى إلى قتله ، ولو عم الحرام قطرا ، بحيث لايوجد فيه حلال إلانادرا ؛ فانه يجوز استعمال مايحتاج إليه ولا يقتصر على الضرورة ؛

قال الإمام : ولايرتقى إلى التبسط ، وأكل الملاذ بل يقتصر على قدر الحاجة ؛

قال ابن عبد السلام : وفرض المسألة : أن يتوقع معرفة صاحب المال فى المستقبل ؛ فأما عند اليأس فالمال حينئذ للمصالح ، لأن من جملة أموال بيت المال : ماجهل مالكه.

ويجوز إتلاف شجر الكفار وبنائهم لحاجة القتال ، والظفر بهم ، وكذا الحيوان الذى يقاتلون عليه ، ونبش الميت بعد دفنه للضرورة ؛ بأن دفن بلا غسل ، أو لغير القبلة أو فى أرض ، أو ثوب مغصوب ؛ وغصب الخيط لخياطة جرح حيوان محترم ؛

وقولنا : « بشرط عدم نقصانها عنها » ليخرج مالو كان الميت نبيا ؛ فانه لايحل أكله للمضطر لأن حرمته أعظم فى نظر الشرع من مهجة المضطر ؛ وما لو أكره على القتل أو الزنا ، فلا يباح واحد منهما بالإكراه لما فيهما من المفسده التى تقابل حفظ مهجة المكره ، أو تزيد عليها ؛ وما لو دفن بلا تكفين فلا ينبش ، فان مفسدة هتك حرمته أشد من عدم تكفينه الذى قام الستر بالتراب مقامه ؛

الثانية : ماأبيح للضرورة يقدر بقدرها ؛

ومن فروعه :

المضطر : لايأكل من الميتة ، إلاقدر سد الرمق ؛ ومن استشير فى خاطب ، واكتفى بالتعريض كقوله : لايصلح لك ؛ لم يعدل إلى التصريح ؛ ويجوز أخذ نبات الحرم لعلف البهائم . ولا يجوز أخذه لبيعه لمن يعلف ؛ والطعام فى دار الحرب يؤخذ على سبيل الحاجة لأنه أبيح للضرورة ، فاذا وصل عمران الإسلام امتنع . ومن معه بقية ردها .

ويعفى : عن محل استجماره ؛ ولو حمل مستجمرا فى الصلاة بطلت ؛ ويعفى عن

الطحلب في الماء ، فلو أخذ ورق ، وطرح فيه وغيره ضر ؛

ويعفى عن ميت لا نفس له سائلة ، فان طرح ضر ؛

ولو فصد أجنبي امرأة : وجب أن تستر جميع ساعدها ، ولا يكشف إلا مالا بد منه للفصد ؛

والجبيرة يجب أن لاتستر من الصحيح إلا مالا بد منه للاستمساك ؛

والمجنون لايجوز تزويجه أكثر من واحدة ، لاندفاع الحاجة بها ؛

وإذا قلنا : يجوز تعدد الجمعة لعسر الاجتماع فى مكان واحد لم يجز إلا بقدر مايندفع فلو اندفع بجمعتين لم يجز بالثالثة ؛ صرح به الإمام ؛ وجزم به السبكى والأسنوى .

ومن جاز له اقتناء الكلب للصيد لم يجز له أن يقتنى زيادة على القدر الذى يصطاد به ، صرح به بعضهم ، وخرجه فى الخادم على هذه القاعدة ؛

تنبيه

خرج عن هذا الأصل صور :

منها : العرايا فانها أبيحت للفقراء ، ثم جازت للأغنياء فى الأصح ؛

ومنها : الخلع ، فانه أبيح مع المرأة على سبيل الرخصة ، ثم جاز مع الأجنبى ؛

ومنها : اللعان ؛ جوز حيث تعسر إقامة البينة على زناها ، ثم جاز حيث يمكن على الأصح ؛

فائدة

قال بعضهم : المراتب خمسة : ضرورة ، وحاجة ، ومنفعة ، وزينة ، وفضول ؛

فالضرورة : بلوغه حدا إن لم يتناوله الممنوع هلك ، أو قارب ؛ وهذا يبيح تناول الحرام .

والحاجة : كالجائع الذى لو لم يجد مايأكله لم يهلك ؛ غير أنه يكون فى جهد ومشقة ؛ وهذا لايبيح الحرام ، ويبيح الفطر فى الصوم ؛

والمنفعة : كالذى يشتهى خبز البر ، ولحم الغنم ، والطعام الدسم .

والزينة : كالمشتهى الحلوى ، والسكر ، والثوب المنسوج من حرير ، وكتان ؛

والفضول : التوسع بأكل الحرام ، والشبهة ؛

تذنيب

قريب من هذه القاعدة : ماجاز لعذر بطل بزواله كالتيمم يبطل بوجود الماء قبل الدخول فى الصلاة .

ونظيره : الشهادة على الشهادة لمرض ، ونحوه ؛ يبطل إذا حضر الأصل عند الحاكم قبل الحكم ؛

الثالثة

الضرر : لايزال بالضرر

قال ابن السبكى : وهو كعائد يعود على قولهم « الضرر يزال ، ولكن لابضرر » فشأنهما شأن الأخص مع الأعم : بل هما سواء ، لأنه لو أزيل بالضرر لما صدق « الضرر يزال » :

ومن فروع هذه القاعدة :

عدم وجوب العمارة على الشريك فى الجديد ، وعدم إجبار الجار على وضع الجذوع وعدم إجبار السيد على نكاح العبد والأمة التى لاتحل له :

ولا يأكل المضطر طعام مضطر آخر ، إلا أن يكون نبيا ، فإنه يجوزله أخذه ، ويجب على من معه بذله له ، ولا قطع فلذة من فخذه ؛ ولا قتل ولده ، أو عبده ، ولا قطع فلذة من نفسه : إن كان الخوف من القطع ، كالخوف من ترك الأكل ، أو أكثر : وكذا قطع السلعة المخوفة :

ولو مال حائط إلى الشارع ، أو ملك غيره لم يجب إصلاحه :

ولو سقطت جرة ، ولم تندفع عنه إلا بكسرها ضمنها فى الأصح :

ولو وقع دينار فى محبرة ، ولم يخرج إلا بكسرها : كسرت : وعلى صاحبه الأرش . فلو كان بفعل صاحب المحبرة فلا شىء .

ولو أدخلت بهيمة رأسها فى قدر ، ولم يخرج إلا بكسرها ، فان كان صاحبها معها ، فهو مفرط بترك الحفظ ، فان كانت غير مأكولة : كسرت القدر ، وعليه أرش النقص ، أو مأكولة ، ففى ذبحها وجهان : وإن لم يكن معها ، فان فرط صاحب القدر : كسرت ، ولا أرش ، وإلا فله الأرش :

ولو التقت دابتان على شاهق ، ولم يمكن تخليص واحدة إلا باتلاف الأخرى ، لم يفت واحد منهما ، بل من ألقى دابة صاحبه وخلص دابته ضمن :

ولو سقط على جريح ، فان استمر قتله ، وإن انتقل قتل غيره ، فقيل : يستمر : لأن الضرر لايزال بالضرر ، وقيل : يتخير للاستواء : وقال الإمام : لاحكم فيه فى هذه المسئلة :

ولو كانت ضيقة الفرج لايمكن وطؤها إلا بافضائها ، فليس له الوطء .

ولو رهن المفلس المبيع ، أو غرس ، أو بنى فيه ، فليس للبائع الرجوع فى صورة صحة الرهن : لأن فيه إضرارا بالمرتهن ، ولا فى صورة الغرس ، ويبقى الغرس والبناء للمفلس لأنه ينقص قيمتها ، ويضر بالمفلس والغرماء :

تنبيـــه

قال ابن السبكي : يستثنى من ذلك : مالو كان أحدهما أعظم ضررا ؛

وعبارة ابن الكتاني : لابد من النظر لأخفهما وأغلظهما : ولهذا شرع القصاص ، والحدود وقتال البغاة ، وقاطع الطريق ، ودفع الصائل ، والشفعة ، والفسخ بعيب المبيع والنكاح ، والإعسار ، والإجبار على قضاء الديون ، والنفقة الواجبة ، ومسئلة الظفر ، وأخذ المضطر طعام غيره ، وقتاله عليه ، وقطع شجرة الغير إذا حصلت فى هواء داره ؛ وشق بطن الميت إذا بلع مالا ، أوكان فى بطنها ولوترجى حياته : ورمى الكفار إذا تترسوا بالنساء وصبيان ، أو بأسرى المسلمين .

ولو كان له عشر دار لايصلح للسكنى ، والباقى لآخر ، وطلب صاحب الأكثر القسمة : أجيب فى الأصح ، وإن كان فيه ضرر شريكه ؛

ولو أحاط الكفار بالمسلمين ، ولا مقاومة بهم : جاز دفع المال إليهم ،وكذا استنقاذ الأسرى منهم بالمال إذا لم يمكن بغيره .لأن مفسدة بقائهم فى أيديهم ، واصطلامهم للمسلمين أعظم من بذل المال ؛

والخلع فى الحيض لايحرم ، لأن إنقاذها منه مقدم على مفسدة تطويل العدة عليها ؛

ولو وقع فى نار تحرقه ، ولم يخلص إلا بماء يغرقه ؛ ورآه أهون عليه من الصبر على لفحات النار ، فله الانتقال إليه فى الأصح ؛

ولو وجد المضطر ميتة وطعام غائب . فالأصح أنه يأكل الميتة : لأنها مباحة بالنص وطعام الغير بالاجتهاد ؛

أو المحرم ميتة وصيدا : فالأصح كذلك . لأنه يرتكب فى الصيد محظورين : القتل ؛ والأكل ؛

ونشأ من ذلك قاعدة رابعة ، وهى « إذا تعارض مفسدتان روعى أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما » ؛

ونظيرها : قاعدة خامسة ، وهى «درء المفاسد أولى من جلب المصالح» . فاذا تعارض مفسدة ومصلحة ؛ قدم دفع المفسدة غالبا ، لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات ، ولذلك قال صلى الله عليه وسلم « إذا أمرتكم بأمر فائتوا منه مااستطعتم ، وإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه » .

ومن ثم سومح فى ترك بعض الواجبات بأدنى مشقة : كالقيام فى الصلاة والفطر ، والطهارة ولم يسامح فى الإقدام على المنهيات : وخصوصا الكبائر .

ومن فروع ذلك :

المبالغة فى المضمضة والاستنشاق مسنونة : وتكره للصائم ؛

تخليل الشعر سنة فى الطهارة ، ويكره للمحرم ؛

وقد يراعى المصلحة ، لغلبتها على المفسدة ؛

من ذلك : الصلاة ، مع اختلال شرط من شروطها من الطهارة ، و الستر ، والاستقبال : فان فى كل ذلك مفسدة : لمافيه من الإخلال بجلال الله فىأن لايناجى إلا على أكمل الأحوال : ومتى تعذر شىء من ذلك جازت الصلاة بدونه ، تقديما لمصلحة الصلاة على هذه المفسدة ؛

ومنه : الكذب مفسدة محرمة.ومتى تضمن جلب مصلحة تربوعليه جاز : كالكذب للإصلاح بين الناس ، وعلى الزوجة لإصلاحها ؛

وهذا النوع راجع إلى ارتكاب أخف المفسدتين فى الحقيقة ؛

القاعدة الخامسة

الحاجة : تنزل منزلة الضرورة ، عامة كانت ، أو خاصة

من الأولى : مشروعية الإجارة ، والجعالة ، والحوالة ، ونحوها ، جوزت على خلاف القياس لما فى الأولى من ورود العقد على منافع معدومة ؛ وفى الثانية من الجهالة ؛ وفى الثالثة من بيع الدين بالدين لعموم الحاجة إلى ذلك ، والحاجة إذا عمت كانت كالضرورة ؛

ومنها : ضمان الدرك جوز على خلاف القياس ؛ إذ البائع إذا باع ملك نفسه ، ليس ماأخذه من الثمن دينا عليه ، حتى يضمن : لكن لاحتياج الناس إلى معاملة من لايعرفونه ولا يؤمن خروج المبيع مستحقا .

ومنها : مسئلة الصلح وإباحة النظر ، للمعاملة ، ونحوها ، وغير ذلك .

ومن الثانية : تضبيب الإناء بالفضة : يجوز للحاجة : ولا يعتبر العجز عن غير الفضة لأنه يبيح أصل الإناء من النقدين قطعا : بل المراد الأغراض المتعلقة بالتضبيب ، سوى التزيين : كإصلاح موضع الكسر ، والشد ، والتوثق ..

ومنها : الأكل من الغنيمة فى دار الحرب ، جائز للحاجة ؛ ولا يشترط للآكل أن لايكون معه غيره .

تنبيه

من المشكل قول المنهاج : ويباح النظر لتعليم ، مع قولهم فى الصداق : ولو أصدقها تعليم قرآن ، فطلق قبله ، تعذر تعليمه فى الأصح .

وأجاب السبكى : بأنه إنما تعذر ، لأن القرآن ، وإن أمكن تنصيفه من جهة

الحروف ، والكلمات ، لكنه يختلف سهولة ، وصعوبة ، وتابعه فى المهمات : فقال لأن القيام بتعليم نصف مشاع ، لا يمكن . والقول باستحقاق نصف مغن : تحكم ، لادليل عليه . ويؤدى إلى النزاع . فان السورة الواحدة مختلفة الآيات ، فى الطول ، والقصر ، والصعوبة ، والسهولة ، فتعين البدل .

واعترض هذا الجواب : بأنه خاص بالطلاق ، قبل الدخول ، وقد صرحوا بتعذر التعليم ، ولو طلق بعد الدخول ، والمستحق بعد الدخول : تعليم الكل .

وأجاب الشيخ الإمام جلال الدين المحلى ، فى شرح المنهاج : بأن ماذكره النووى من إباحة النظر للتعليم : تفرد به ، وهو خاص بالأمرد ، لأنه لما حرم النظر إليه مطلقا ، ولو بلا شهوة ، استشعر أن يورد عليه أن الأمرد يحتاج إلى مخالطة الرجال للتعليم ، ويشق عليه الاحتجاب والتستر . وما زال السلف ، والعلماء على مخالطة المرد ، ومجالستهم وتعليمهم فاستثنى النظر للتعليم ، لذلك .

وأما المرأة : فلا تحتاج إلى التعليم : كاحتياج الأمرد .

وأما الواجبات : فلا تعدم من يعلمها إياها : من محرم ، أو زوج ، أو غيره ، من وراء حجاب ، .

وكان شيخنا قاضى القضاة : شرف الدين المناوى يأبى هذا الجواب ، ويقول بعموم الإباحة للمرأة أيضا ، ويجيب عن مسئلة الصداق : بأن المطلقة امتدت إليها الأطماع ، فناسب أن لا يؤذن فى النظر إليها ، بخلاف غيرها .

والتحقيق ماقاله الشيخ جلال الدين .

وقد أشار إلى نحو ماقاله السبكى ، فقال : قد كشفت كتب المذهب ، فانما يظهر منها جواز النظر للتعليم ، فيما يجب تعلمه وتعليمه ، كالفاتحة ، وما يتعين من الصنائع ، بشرط التعذر ، من وراء حجاب . وأما غير ذلك ، فان كلامهم يقتضى المنع ، ثم استشهد بالمذكور فى الصداق .

القاعدة السادسة

العادة محكمة

قال القاضى : أصلها قوله صلى الله عليه وسلم « مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » .

قال العلائى : ولم أجده مرفوعا فى شىء من كتب الحديث أصلا ، ولا بسند ضعيف بعد طول البحث ، وكثرة الكشف ، والسؤال ، وإنما هو من قول عبد الله بن مسعود موقوفا عليه ، أخرجه أحمد فى مسنده .

اعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه فى الفقه ، فى مسائل لاتعد كثرة :

فمن ذلك : سن الحيض ، والبلوغ ، والإنزال ، وأقل الحيض : والنفاس : والطهر وغالبها ، وأكثرها : وضابط القلة ، والكثرة فى الضبة ، والأفعال المنافية للصلاة ، والنجاسات المعفو عن قليلها ، وطول الزمان ، وقصره فى موالاة الوضوء ، فى وجه ، والبناء على الصلاة فى الجمع ، والخطبة ، والجمعة ، وبين الإيجاب والقبول ، والسلام ورده ، والتأخير المانع من الرد بالعيب ، وفى الشرب وسقى الدواب من الجداول ، والأنهار المملوكة ، إقامة له مقام الإذن اللفظى ، وتناول الثمار الساقطة ، وفى إحراز المال المسروق ، وفى المعاطاة على مااختاره النووى ، وفى عمل الصناع على مااستحسنه الرافعى وفى وجوب السرج والإكاف فى استئجار دابة للركوب ، والحبر ، والخيط ، والكحل : على من جرت العادة بكونها عليه . وفى الاستيلاء فى الغصب. وفى رد ظرف الهدية وعدمه وفى وزن أو كيل ، ماجهل حاله فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم . فان الأصح أنه يراعى فيه عادة بلد البيع : وفى إرسال المواشى نهارا وحفظها ليلا :

ولو اطردت عادة بلد بعكس ذلك ، اعتبرت العادة فى الأصح .

وفى صوم يوم الشك ، لمن له عادة ، وفى قبول القاضى الهدية ممن له عادة ، وفى القبض ، والإقباض ، ودخول الحمام ، ودور القضاة ، والولاة ، والأكل من الطعام المقدم ضيافة بلا لفظ ، وفى المسابقة ، والمناضلة ، إذا كانت للرماة عادة فى مسافة تنزل المطلق عليها ، وفيما إذا اطردت عادة المتبارزين بالأمان ، ولم يجر بينهما شرط : فالأصح أنها تنزل منزلة الشرط : وفى ألفاظ الواقف ، والموصى ، وفى الأيمان ، وسيأتى ذكر أمثلة من ذلك :

ويتعلق بهذه القاعدة مباحث :

الأول : فيما تثبت به العادة :

وفى ذلك فروع :

أحدها : الحيض . قال الامام والغزالى وغيرهما : العادة فى باب الحيض أربعة أقسام :

أحدها : ماتثبت فيه بمرة بلا خلاف : وهو الاستحاضة : لأنها علة مزمنة : فاذا وقعت فالظاهر دوامها ، وسواء فى ذلك المبتدأة ، والمعتادة ، والمتحيرة :

الثانى : مالا يثبت فيه بالمرة ، ولا بالمرات المتكررة ، بلا خلاف ، وهى المستحاضة إذا انقطع دمها : فرأت يوما دما ويوما نقاء : واستمر لها أدوار هكذا ثم أطبق الدم على لون واحد ، فانه لايلتقط لها قدر أيام الدم : بلا خلاف : وإن قلنا باللقط : بل نحيضها بما كنا نجعله حيضا بالتلفيق ، وكذا لو ولدت مرارا ولم تر نفاسا : ثم ولدت وأطبق الدم

وجاوز ستين يوما ؛ فان عدم النفاس لايصير عادة لها ، بلا خلاف بل هذه مبتدأة فى النفاس ؛

الثالث : مالا يثبت بمرة ، ولا بمرات ، على الأصح ، وهو التوقف عن الصلاة ونحوها بسبب تقطع الدم إذا كانت ترى يوما دما ويوما نقاء ؛

الرابع : مايثبت بالثلاث ؛ وفى ثبوته بالمرة والمرتين خلاف ، والأصح الثبوت وهو قدر الحيض والطهر ؛

الثانى : الجارحة فى الصيد لابد من تكرار يغلب على الظن أنه عادة ، ولا يكفى مرة واحدة قطعا ، وفى المرتين والثلاث خلاف ؛

الثالث : القائف لاخلاف فى اشتراط التكرار فيه ، وهل يكتفى بمرتين ، أو لابد من ثلاث ؟ وجهان ؛ رجح الشيخ أبو حامد وأصحابه اعتبار الثلاث ؛

وقال إمام الحرمين : لابد من تكرارا يغلب على الظن به أنه عارف ؛

الرابع : اختبار الصبى قبل البلوغ بالمماكسة ، قالوا : يختبر مرتين،فصاعدا ، حتى يغلب على الظن رشده ؛

الخامس : عيوب البيع ، فالزنا يثبت الرد بمرة واحدة ؛ لأن تهمة الزنا لاتزول ، وإن تاب ؛ ولذلك لايحد قاذفه ؛ والإباق كذلك .

قال القاضى حسين وغيره : يكفى المرة الواحدة منه فى يد البائع ؛ وإن لم يأبق فى يد المشترى ؛ قال الرافعى : والسرقة قريب من هذين ؛ وأما البول فى الفراش فالأظهر اعتبار الاعتياد فيه ؛

السادس : العادة فى صوم يوم الشك ، كما إذا كان له عادة بصوم يوم الاثنين أو الخميس فصادف يوم الشك أحدهما ، بماذا تثبت العادة ؛

قال الشيخ تاج الدين السبكى : لم أر فيه نقلا ؛ وقال الإمام فى الخادم : لم يتعرضوا لضابط العادة . فيحتمل ثبوتها بمرة ، أو بقدر يعد فى العرف متكررا ؛

السابع : العادة فى الإهداء للقاضى قبل الولاية . قال ابن السبكى : لم أر فيه نقلا بماذا تثبت به ؛

قال : وكلام الأصحاب يلوح بثبوتها بمرة واحدة ؛ ولذلك عبر الرافعى بقوله : تعهد منه الهدية ؛ والعهد صادق بمرة ؛

الثامن : العادة فى تجديد الطهر لمن يتيقن طهرا وحدثا ؛ وكان قبلهما متطهرا ؛ فانه يأخذ بالضد ، إن اعتاد التجديد ، وبالمثل إن لم يعتده ؛

لم يبينوا ، بم تثبت به العادة ؟ ؛

لكن ذكر السبكى فى شرح المنهاج : أن من ثبتت له عادة محققة ، كمن اعتاده ،

فيأخذ بالضد . وظاهر هذا الاكتفاء فيه بالمرة ونحوها :

التاسع : إنما يستدل بحيض الخنثى وإمنائه على الأنوثة ، والذكورة ، بشرط التكرار ليتأكد الظن ، ويندفع توهم كونه اتفاقيا : قال الأسنوى : وجزم فى التهذيب ، بأنه لايكفى مرتان : بل لابد أن يصير عادة :

قال : ونظير التحاقه بما قيل فى كلب الصيد :

المبحث الثانى

إنما تعتبر العادة إذا اطردت ، فان اضطربت فلا . وإن تعارضت الظنون فى اعتبارها فخلاف :

قال الامام ، فى باب الأصول والثمار : كل مايتضح فيه اطراد العادة ، فهو المحكم ، ومضمره كالمذكور صريحا : وكل ماتعارض الظنون بعض التعارض فى حكم العادة فيه . فهو مثار الخلاف . انتهى :

وفى ذلك فروع :

منها : باع شيئا بدراهم وأطلق : نزل على النقد الغالب . فلو اضطربت العادة فى البلد وجب البيان ، وإلا يبطل البيع :

ومنا : غلبت المعاملة بجنس من العروض ، أو نوع منه : انصرف الثمن إليه عند الاطلاق فى الأصح : كالنقد :

ومنها : استأجر للخياطة ، والنسخ ، والكحل ، فالخيط ، والحبر ، والكحل على من ؟ خلاف ، صحح الرافعى فى الشرح الرجوع فيه إلى العادة ، فان اضطربت وجب البيان ، وإلا فتبطل الإجارة :

ومنها : البطالة فى المدارس ، سئل عنها ابن الصلاح ، فأجاب بأن ماوقع منها فى رمضان ونصف شعبان لايمنع من الاستحقاق : حيث لانص فيه من الواقف على اشتراط الاشتغال فى المدة المذكورة ، وما يقع منها قبلهما يمنع . لأنه ليس فيها عرف مستمر . ولا وجود لها قطعا فى أكثر المدارس ، والأماكن : فان سبق بها عرف فى بعض البلاد واشتهر غير مضطرب : فيجرى فيها فى ذلك البلد الخلاف : فى أن العرف الخاص هل ينزل فى التأثير منزلة العرف العام . والظاهر تنزيله فى أهله بتلك المنزلة ، انتهى :

ومنها : المدارس الموقوفة على درس الحديث ، ولا يعلم مراد الواقف فيها ، هل يدرس فيها علم الحديث ، الذى هو معرفة المصطلح ، كمختصر ابن الصلاح ، ونحوه ، أو يقرأ متن الحديثين ؟ كالبخارى ، ومسلم ، ونحوهما ، ويتكلم على مافى الحديث : من فقه ، وغريب ، ولغة ، ومشكل ، واختلاف ، كما هو عرف الناس الآن ، وهو شرط المدرسة الشيخونية ، كما رأيته فى شرط واقفها .

وقد سأل شيخ الإسلام أبو الفضل ابن حجر شيخه الحافظ أبا الفضل العراقي عن ذلك فأجاب : بأن الظاهر اتباع شروط الواقفين ، فإنهم يختلفون فى الشروط ، وكذلك اصطلاح أهل كل بلد ، والشام يلقون دروس الحديث ، كالشيخ المدرس فى بعض الأوقات بخلاف المصريين فان العادة جرت بينهم فى هذه الأعصار بالجمع بين الأمرين بحسب ما يقرأ فيه من الحديث ؛

فصل

فى تعارض العرف مع الشرع

هو نوعان :

أحدهما : أن لا يتعلق بالشرع حكم ، فيقدم عليه عرف الاستعمال ؛

فلو حلف لا يأكل لحما ، لم يحنث بالسمك وإن سماه الله لحما ؛

أو لا يجلس على بساط أو تحت سقف أو فى ضوء سراج ، لم يحنث بالجلوس على الأرض وإن سماها الله بساطا ، ولا تحت السماء ، وإن سماها الله سقفا ، ولا فى الشمس ، وإن سماها الله سراجا ؛

أو لا يضع رأسه على وتد ، لم يحنث بوضعها على جبل .

أو لا يأكل ميتة أو دما ، لم يحنث بالسمك والجراد والكبد والطحال فقدم العرف فى جميع ذلك ، لأنها استعملت فى الشرع تسمية بلا تعلق حكم وتكليف

والثانى : أن يتعلق به حكم فيقدم على عرف الاستعمال ؛

فلو حلف لا يصلى ، لم يحنث إلا بذات الركوع والسجود أو لا يصوم ، لم يحنث بمطلق الإمساك أو لا ينكح حنث بالعقد لا بالوطء ؛

أو قال : إن رأيت الهلال فأنت طالق ، فرآه غيرها ، وعلمت به ، طلقت ، حملا له على الشرع فإنها فيه بمعنى العلم لقوله «إذا رأيتموه فصوموا» .

ولو كان اللفظ يقتضى العموم ، والشرع يقتضى التخصيص ، اعتبر خصوص الشرع فى الأصح .

فلو حلف لا يأكل لحما لم يحنث بالميتة ، أو لا يطأ لم يحنث بالوطء فى الدبر على ما رجحه فى كتاب الأيمان ، أو أوصى لأقاربه لم تدخل ورثته عملا بتخصيص الشرع إذ لا وصية لوارث ، أو حلف لا يشرب ماء ، لم يحنث بالمتغير كثيرا بزعفران ونحوه ؛

فصل

فى تعارض العرف مع اللغة

حكى صاحب الكافى وجهين فى المقدم .

أحدهما ـ وإليه ذهب القاضى حسين : الحقيقة اللفظية عملا بالوضع اللغوى ؛

والثانى ـ وعليه البغوى: الدلالة العرفية لأن العرف يحكم فى التصرفات سيما فى الأيمان قال : فلو دخل دار صديقه ، فقدم إليه طعاما فامتنع . فقال إن لم تأكل فامرأتى طالق فخرج ولم يأكل ، ثم قدم اليوم الثانى ، فقدم إليه ذلك الطعام فأكل فعلى الأول لا يحنث وعلى الثانى يحنث ، انتهى :

وقال الرافعى فى الطلاق إن تطابق العرف والوضع فذاك وإن اختلفا فكلام الأصحاب يميل إلى الوضع ، والإمام والغزالى يريان اعتبار العرف وقال فى الأيمان ما معناه إن عمت اللغة قدمت على العرف .

وقال غيره : إن كان العرف ليس له فى اللغة وجه ألبتة ، فالمعتبر اللغة ، وإن كان له فيه استعمال ، ففيه خلاف وإن هجرت اللغة حتى صارت نسيا منسيا ، قدم العرف .

ومن الفروع المخرجة على ذلك :

حلف لا يسكن بيتا ، فإن كان بدويا حنث بالمبنى وغيره ، لأنه قد تظاهر فيه العرف الكل واللغة لأن يسمونه بيتا ، وإن كان من أهل القرى : فوجهان ، بناء على الأصل المذكور إن اعتبرنا العرف لم يحنث والأصح الحنث .

ومنها : حلف لا يشرب ماء حنث بالملح ، وإن لم يعتد شربه ، اعتبارا بالإطلاق ، والاستعمال اللغوى :

ومنها : حلف لا يأكل الخبز حنث بخبز الأرز ، وإن كان من قوم لا يتعارفون ذلك ، لإطلاق الاسم عليه لغة :

ومنها : قال أعطوه بعيرا ، لا يعطى ناقة على المنصوص ، وقال ابن شريح : نعم ، لاندراجه فيها لغة :

ومنها ، قال أعطوه دابة ، أعطى فرسا أو بغلا أو حمارا على المنصوص ، لا الإبل والبقر ، إذ لا يطلق عليها عرفا وإن كان يطلق عليها لغة ، وقال ابن شريح : إن كان ذلك فى غير مصر لم يدفع إليه إلا الفرس :

ومنها : حلف لا يأكل البيض أو الرءوس ، لم يحنث ببيض السمك والجراد ، ولا برءوس العصافير والحيتان لعدم إطلاقها عليها عرفا :

ومنها ، قال زوجتى طالق ، لم تطلق سائر زوجاته عملا بالعرف ، وإن كان وضع اللغة يقتضى ذلك ، لأن اسم الجنس إذا أضيف عم وكذلك قوله : الطلاق يلزمنى لا يحمل على الثلاث وإن كانت الألف واللام للعموم :

ومنها : أوصى للقراء ، فهل يدخل من لا يحفظ ويقرأ فى المصحف ، أولا ؟ وجهان ، ينظر فى أحدهما إلى الوضع ، وفى الثانى إلى العرف وهو الأظهر :

ومنها : أوصى للفقهاء ، فهل يدخل الخلافيون المناظرون ، قال فى الكافى : يحتمل وجهين ، لتعارض العرف والحقيقة :

تنبيـــه

قال الشيخ أبو زيد : لاأدرى ماذا بنى الشافعى مسائل الأيمان ، إن اتبع اللغة ؟ فمن حلف : لايأكل الرءوس ، فينبغى أن يحنث برءوس الطير ، والسمك وإن اتبع العرف ، فأهل القرى لايعدون الخيام بيوتا ؟

قال الرافعى : يتبع مقتضى اللغة تارة ، وذلك عند ظهورها وشمولها ، وهو الأصل ، وتارة يتبع العرف إذا استمر واطرد .

وقال ابن عبد السلام : قاعدة الأيمان : البناء على العرف إذا لم يضطرب ، فإن اضطرب فالرجوع إلى اللغة ؟

تنبيـــه

إنما يتجاذب الوضع والعرف فى العربى ، أما الأعجمى فيعتبر عرفه قطعا ، إذلاوضع يحمل عليه .

فلو حلف على البيت بالفارسية ، لم يحنث ببيت الشعر ، ولو أوصى لأقاربه لم يدخل قرابة الأم فى وصية العرب ، ويدخل فى وصية العجم .

ولو قال : إن رأيت الهلال فأنت طالق ، فرآه غيرها ، قال القفال إن علق بالعجمية حمل على المعاينة ، سواء فيه البصير والأعمى .

قال : والعرف الشرعى فى حمل الرؤية على العلم ، لم يثبت إلا فى اللغة العربية ، ومنع الإمام الفرق بين اللغتين ؟

ولو حلف لايدخل دار زيد ، فدخل ماسكنه بإجارة لم يحنث ، وقال القاضى حسين : إن حلف على ذلك بالفارسية ، حمل على المسكن .

قال الرافعى : ولايكاد يظهر فرق بين اللغتين ؟

فصل

فى تعارض العرف العام والخاص

والضابط : أنه إن كان المخصوص محصورا لم يؤثر ، كما لو كانت عادة امرأة فى الحيض أقل مما استقر من عادات النساء ، ردت إلى الغالب فى الأصح وقيل : تعتبر عادتها ، وإن كان غير محصور اعتبر ، كما لو جرت عادة قوم بحفظ زرعهم ليلا ومواشيهم نهارا فهل ينزل ذلك منزلة العرف العام فى العكس ؟ وجهان ، الأصح : نعم .

المبحث الثالث

العادة المطردة فى ناحية ، هل تنزل عادتهم منزلة الشرط ، فيه صور .

منها : لو جرت عادة قوم بقطع الحصرم قبل النضج ، فهل تنزل عادتهم منزلة الشرط حتى يصح بيعه من غير شرط القطع وجهان ، أصحها : لا وقال القفال : نعم .

ومنها : لو عم فى الناس اعتياد إباحة منافع الرهن للمرتهن ، فهل ينزل منزلة شرطه حتى يفسد الرهن ، قال الجمهور : لا . وقال القفال : نعم

ومنها : لو جرت عادة المقترض برد أزيد مما اقترض ، فهل ينزل منزلة الشرط ، فيحرم إقراضه وجهان ، أصحهما : لا .

ومنها : لو اعتاد بيع العينة بأن يشترى مؤجلا بأقل مما باعه نقدا ، فهل يحرم ذلك ، وجهان ، أصحهما : لا .

ومنها : لو بارز كافر مسلما وشرط الأمان ، لم يجز للمسلم إعانة المسلم فلو لم يشرط ولكن اطردت العادة بالمبارزة بالأمان ، فهل هو كالمشروط وجهان ، أصحهما : نعم

فهذه الصور مستثناة .

ومنها : لو دفع ثوبا - مثلا - إلى خياط ليخيطه ولم يذكر أجرة وجرت عادته بالعمل بالأجرة فهل ينزل منزلة شرط الأجرة خلاف . والأصح فى المذهب : لا . واستحسن الرافعى مقابله .

المبحث الرابع

العرف الذى تحمل عليه الألفاظ ، إنما هو المقارن السابق دون المتأخر

قال الرافعى : العادة الغالبة إنما تؤثر فى المعاملات ، لكثرة وقوعها ورغبة الناس فيما يروج فى النفقة غالبا . ولا يؤثر فى التعليق والإقرار ، بل يبقى اللفظ على عمومه فيها .

أما فى التعليق فلقلة وقوعه . وأما فى الإقرار : فلأنه إخبار عن وجوب سابق ، وربما يقدم الوجوب على العرف الغالب ، فلو أقر بدراهم وفسرها بغير سكة البلد ، قبل .

قال الإمام : وكذا الدعوى بالدراهم لاتنزل على العادة كما أن الإقرار بها لا ينزل على العادة بل لابد من الوصف ، وكذا قال الشيخ أبو حامد والماوردى والرويانى وغيرهم ، وفرقوا بما سبق أن الدعوى والإقرار إخبار عما تقدم ، فلا يفيده العرف المتأخر بخلاف العقد فانه أمر باشره فى الحال ، فقيده العرف .

ولو أقر بألف مطلقة فى بلد دراهمه ناقصة ، لزمه الناقصة فى الأصح وقيل يلزمه وافية لعرف الشرع ولا خلاف أنه لو اشترى بألف فى هذه البلد لزمه الناقصة لأن البيع معاملة والغالب : أن المعاملة تقع بما يروج فيها بخلاف الإقرار .

ومن الفروع المخرجة على هذا الأصل ماسبق فى مسألة البطالة ، فاذا استمر عرف بها فى أشهر مخصوصة حمل عليه ماوقف بعد ذلك لا ما وقف قبل هذه العادة :

ومنها : كسوة الكعبة : نقل الرافعى عن ابن عبدان أنه منع من بيعها وشرائها وقال ابن الصلاح : الأمر فيها إلى رأى الإمام ؛ واستحسنه النووى . وقال العلائى وغيره الذى يقتضيه القياس أن العادة استمرت بأنها تبدل كل سنة وتؤخذ تلك العتيقة فيتصرف فيها بيعا وغيره ، ويقرهم الأئمة على ذلك فى كل عصر فلا تردد فى جوازه .

وأما بعد مااتفق فى هذا القرن : من وقف الإمام ضيعة معينة على أن يصرف ريعها فى كسوة الكعبة ، فلا يتردد فى جواز ذلك لأن الوقف بعد استقرار هذه العادة والعلم بها فينزل لفظ الواقف عليها :

ومنها : الأوقاف القديمة المشروط نظرها للحاكم ، وكان الحاكم إذ ذاك شافعيا ثم إن الملك الظاهر أحدث القضاة الأربعة ، سنة أربع وستين وستمائة ، فما كان موقوفا قبل ذلك اختص نظره بالشافعى فلا يشاركه غيره ، وما أطلق من النظر بعد ذلك فمحمول عليه أيضا لأن أهل العرف غالبا لايفهمون من إطلاق الحاكم غير الشافعى :

قال السبكى فى فتاويه : ذكر الشيخ برهان الدين بن الفركاح قال : وقفت على فتيا صورتها : أنه جعل النظر لحاكم دمشق وكان حينئذ فى دمشق حاكم واحد على مذهب معين ، ثم ولى السلطان فى دمشق أربع قضاة ومات القاضى الذى كان موجودا حين الوقف وبعد ذلك ولى القضاة الأربعة ، وأحدهم على مذهب الذى كان حين الوقف أولا :

وقد كتب عليها جماعة ، منهم الشيخ زين الدين الفارقى ، والصفى الهندى وآخرون : أنه يختص بذلك الذى هو على مذهب الموجود حين الوقف :

قال السبكى : ومستند ذلك أنه لما حصلت التولية فى زمن الملك الظاهر حصلت لثلاثة مع القاضى الذى كان حين الوقف ، وذلك القاضى لم ينعزل عن نظره ، ولا جعل الثلاثة مزاحمين له فى كل مايستحق ، بل أفرد هو بالأوقاف ، والأيتام والنواب وبيت المال : وجعل الثلاثة مشاركين فى الباقى ، كأنهم نواب له فى بعض الأشياء ، وفصل الحكومات على مذهبهم ، لافى الأنظار : ثم لما مات ذلك القاضى تولى واحد مكانه على عادته فينتقل إليه كل ماكان بيد الذى قبله ، ولايشاركه فيه واحد من الثلاثة .

قال : وأيضا فان قول الواقف : النظر للحاكم إن حمل على العموم اقتضى دخول النواب والعرف بخلافه ، فانما يحمل على المعهود ، والمعهود هو ذلك الشخص والحمل عليه بعيد . لأنه لايدوم فوجب أن يحمل عليه وعلى من كان مكانه ، فكأنه هو بالنوع ، لا بالشخص والذى ولى معه ليس مكانه ولا هو من نوعه ، وإنما أريد بولايته إقامة من يحكم بذلك المذهب المتجدد ، فيما لايمكن الحاكم المستمر الحكم به ، لكونه خلاف مذهبه ، فلا مدخل للأنظار فى ذلك :

قال : فان قلت : لو قال : لا رأيت منكرا إلا رفعته إلى القاضى فالأصح أنه لا يتعين ذلك القاضى ، بل قاضى تلك البلد من كان حالة اليمين أو بعدها ؛

قلت : نعم . وكذا أقول : لا يتعين قاضى حالة الوقف ، بل هو أو من تولى مكانه والثلاثة لم يولوا مكانه .

قال : فان قلت : لو كان حال اليمين فى البلد قاضيان ، بر بالرفع إلى من شاء منهما؟ فقياسه إذا شرط النظر للقاضى . وهناك قاضيان أن يشتركا فيه .

قلت المقصود فى اليمين : الرفع إلى من يغير المنكر ، وكلاهما يغير المنكر فكل منهما يحصل به الغرض ، والمقصود باشتراط النظر فعل مصلحة الوقف ، والاشتراك يؤدى إلى المفسدة باختلاف الآراء ، فوجب الصرف إلى واحد وهو الكبير ؛

قال : وقد وقع فى بعض الأوقاف وقف بلد على الحرم : وشرط النظر فيه للقاضى ، وأطلق ففيه احتمالات :

أحدها : أنه قاضى الحرم ؛

والثانى : أنه قاضى البلد الموقوفة ؛

قال : وهذان الاحتمالان يشبهان الوجهين فى أنه إذا كان اليتيم فى بلد وماله فى بلد آخر والأصح عند الرافعى : أن النظر لقاضى بلد اليتيم ، وعند الغزالى أنه لقاضى بلد المال ، فعلى ما قال الرافعى : يكون لقاضى الحرم ، والثانى أن يكون لقاضى بلد السلطان ، كما فى اليمين .

فعلى هذا : هل يكون قاضى بلد السلطان الأصلية التى هى مصر ، أو قاضى البلد التى كان السلطان بها حين الوقف .

قال : والذى يترجح أن يكون النظر لقاضى البلد الموقوفة ، لأنه أعرف بمصالحها ، فالظاهر أن الواقف قصده وبه تحصل المصلحة ، لاسيما إذا كان السلطان حين الوقف فيها

قلت : الظاهر احتمال رابع ، وهو أن يكون لقاضى البلد التى جرى الوقف بها ، والظاهر أنه مراد السبكى ببلد السلطان بقرينة تشبيهه بمسألة اليتيم ، والله أعلم .

المبحث الخامس

قال الفقهاء : كل ما ورد به الشرع مطلقا ، ولا ضابط له فيه ، ولا فى اللغة ، يرجع فيه إلى العرف .

ومثلوه بالحرز فى السرقة والتفرق فى البيع ، والقبض ووقت الحيض وقدره والإحياء والاستيلاء فى الغصب ، والاكتفاء فى نية الصلاة بالمقارنة العرفية ، بحيث يعد مستحضرا للصلاة على ما اختاره النووى وغيره ؛

وقالوا فى الأيمان : إنها تبنى أولا على اللغة ، ثم على العرف ؛

وخرجوا عن ذلك فى مواضع ، لم يعتبروا فيها العرف ، مع أنها لاضابط لها فى الشرع ولا فى اللغة .

منها : المعاطاة على أصل المذهب ، لايصح البيع بها ، ولو اعتيدت لاجرم أن النووى قال : المختار الراجح دليلا الصحة ، لأنه لم يصح فى الشرع اعتبار لفظ : فوجب الرجوع إلى العرف كغيره من الألفاظ :

ومنها : مسألة استصناع الصناع الجارية عادتهم بالعمل بالأجرة لايستحقون شيئا ، إذا لم يشرطوه فى الأصح .

ومن أمثلة ذلك : أن يدفع ثوبا إلى خياط ليخيطه أو قصار ليقصره أو جلس بين يدى حلاق فحلق رأسه ، أو دلاك فدلكه ، أو دخل سفينة بإذن وسار إلى الساحل :

وأما دخول الحمام فانه يوجب الأجرة ، وإن لم يجر لهاذكر قطعا لأن الداخل مستوف منفعة الحمام بسكوته ، وهناك صاحب المنفعة صرفها :

ومنها : لم يرجعوا فى ضبط موالاة الوضوء وخفة الشعر وكثافته ، للعرف فى الأصح ولا فى ضابط التحذير :

فرع

سئل الغزالى عن اليهودى إذا أجر نفسه مدة معلومة ماحكم السبوت التى تتخللها إذا لم يستثنها ، فان استثناها فهل تصح الإجارة ، لأنه يؤدى إلى تأخير التسليم عن العقد ؟

فأجاب : إذا اطرد عرفهم بذلك كان إطلاق العقد كالتصريح بالاستثناء ، كاستثناء الليل فى عمل لايتولى إلا بالنهار :

وحكمه : أنه لو أنشأ الإجارة فى أول الليل ، مصرحا بالإضافة إلى أول الغد ، لم يصح ؛ وإن أطلق صح ، وإن كان الحال يقتضى تأخير العمل ، كما لو أجر أرضا للزراعة فى وقت لايتصور المبادرة إلى زرعها ، أو أجر دارا مشحونة بالأمتعة ، لاتفرغ إلا فى يوم أو يومين ، انتهى :

وقد نقله عنه الرافعى والنووى ، ولم ينقلاه عن غيره :

قال السبكى : ولا ينبغى أن يؤخذ مسلما ، بل ينظر فيه :

قال : وقد سئل عنه قاضى القضاة أبو بكر الشامى فقال : يجبر على العمل فيها لأن الاعتبار بشرعنا فى ذلك ، فذكر له كلام الغزالى فقال : ليس بصحيح .

ثم قال : يحتمل أن يقال ذلك ، ويستثنى بالعرف :

قال السبكى : وكلام الغزالى متين وقويم ، وفيه فوائد ، وهو أولى من قول أبى بكر الشامى ، لأن العرف وإن لم يكن عاما ، لكنه موجود فيه فينزل منزلة العرف فى أوقات الراحة ، ونحوها :

قال : وقوله إذا اطرد عرفهم بذلك ، فينبغي أن يحمل على عرف المستأجر والمؤجر جميعا ، سواء كان المستأجر مسلما أم لا ، فلو كان عرف اليهود مطردا بذلك . ولكن المستأجر المسلم لم يعرف ذلك ، لم يكن إطلاق العقد فى حقه منزلا منزلة الاستثناء والقول قول المسلم فى ذلك إذا لم يكن من أهل تلك البلدة ، ولم يعلم من حاله مايقتضى معرفته بذلك العرف

وحينئذ هل يقول العقد باطل ، أو يصح ويثبت له الخيار أو يلزم اليهودى بالعمل ؟ فيه نظر ، والأقرب الثالث ، لأن اليهودى مفرط بالاطلاق مع من ليس من أهل العرف .

قال : واذا اقتضى الحال استثناءها ، وأسلم الذمى فى مدة الاجارة ، وأتى عليه بعد إسلامه يوم سبت ، وجب العمل فيه لأنا نقول عند الاستثناء أنه خارج عن عقد الإجارة ؛ فانه لو كان كذلك لجرى فى الاجارة خلاف ، كإجارة العقب ولجاز له أن يؤجر نفسه يوم السبت لآخر ، وتجويز ذلك بعيد ، فانه يلزم منه عقد الاجارة على العين لشخصين على الكمال ، فى مدة واحدة ، وكلام الفقهاء يأباه ، وصرحوا بأنه إذا ورد عقد على عين لايجوز أن يعقد عليها مثله .

وهكذا نقول فى استثناء أوقات الصلوات ونحوها ليس معناه أن تلك الأوقات متخللة بين أزمان الإجارة ، كإجارة العقب ، بل يقول فى كل ذلك إن منفعة ذلك الشخص فى جميع تلك المدة مستحقة للمستأجر ، مملوكة بمقتضى العقد ومع هذا يجب عليه توفيره من العمل فى تلك الأوقات ، كما أن السيد يستحق منفعة عبده فى جميع الأوقات ومع ذلك يجب توفيره فى أوقات الصلوات والراحة بالليل ونحوها .

فهذا هو معنى الاستثناء ، وهو استثناء من الاستيفاء ، لامن الاستحقاق .

وإن شئت قلت : من استيفاء المملوك ، لامن الملك ؛ وإن شئت قلت : العقد مقتض لاستحقاقها ، ولكن منع مانع فاستثناها .

وحينئذ فالسبوت داخلة فى الإجارة وملك المستأجر منفعته فيها وإنما امتنع عليه الاستيفاء لأمر عرفى مشروط ببقاء اليهودية ، فإذا أسلم لم يبق مانع والاستحقاق ثابت لعموم العقد ، فيستوفيه ، ويجب عليه بعد ما أسلم أن يؤدى الصلوات فى أوقاتها وزوال استحقاق المستأجر لاستيفائها بالإسلام وإن كانت مملوكة له بالعقد ، كما لم يستحق استيفائها فى استئجار المسلم وإن كانت مملوكة له بالعقد ، وإنما وجب استحقاق صرفها قبل الإسلام إلى العمل ، لعدم المانع من استيفائها مع استحقاقها .

ونظيره : لو استأجر امرأة لعمل مدة فحاضت فى بعضها ، فأوقات الصلاة فى زمن الحيض غير مستثناة وفى غيره مستثناة ، ولا ينظر فى ذلك إلى حال العقد بل حال الاستيفاء

وهكذا اكتراء الإبل إلى الحج وسيرها محمول على العادة والمنازل المعتادة ، فلو اتفق فى مدة الإجارة تغيير العادة ، وسار الناس على خلاف ما كانوا يسيرون فيها لايضر بالأجير

والمستأجر ، وجب الرجوع إلى ماصار عادة للناس ، ولا نقول بانفساخ العقد واعتبار العادة الأولى ؟

هذا مقتضى الفقه ، وإن لم أجده منقولا ؟

قال : ولو استعمل المستأجر اليهودى يوم السبت ظالما أو ألزم المسلم العمل فى أوقات الصلاة ونحوها ، لم يلزمه أجرة المثل ؟

وقد قال البغوى فى فتاويه : إنه لو استأجر عبدا فاستعمله فى أوقات الراحة ، لم يجب عليه أجرة زائدة لأن جملة الزمان مستحقة وترك الراحة ليتوفر عليه عمله ، فان دخله نقص وجب عليه أرش نقصه ، كما لو استعمله فى أوقات الصلاة لايجب عليه زيادة أجرة وعليه تركه لقضاء الصلاة ، هذه عبارته انتهى .

ونظير مسألة إسلام الذى مالو أجر دارا ، ثم باعها لغير المستأجر ، ثم تقايل البائع والمستأجر الإجارة ، والذى ذكره المتولى أن المنافع تعود إلى البائع سواء قلنا إن الإقالة بيع أو على فسخ الصحيح ، لأنها ترفع العقد من حينها قطعا ، فلم يوجد عند الرد مايوجب الحق للمشترى ، وحكى فيما لو فسخت الإجارة بعيب أو طروء مايقتضى ذلك وجهين مبنيين على أن الرد بالعيب يرفع العقد من أصله أو حينه إن قلنا بالأول فللمشترى ؛ وكأن الإجارة لم تكن ، أو بالثانى فللبائع لما تقدم ؟

الكتاب الثانى

فى قواعد كلية يتخرج عليها مالا ينحصر من الصور الجزئية

القاعدة الأولى

الاجتهاد لاينقض بالاجتهاد

الأصل فى ذلك إجماع الصحابة رضى الله عنهم ، نقله ابن الصباغ ، وأن أبا بكر حكم فى مسائل خالفه عمر فيها ولم ينقض حكمه ، وحكم عمر فى المشركة بعدم المشاركة ثم بالمشاركة وقال ذلك على ماقضينا وهذا على ماقضينا وقضى فى الجد قضايا مختلفة .

وعلته أنه ليس الاجتهاد الثانى بأقوى من الأول ، فانه يؤدى إلى أنه لايستقر حكم وفى ذلك مشقة شديدة ، فانه إذا نقض هذا الحكم نقض ذلك النقض ، وهلم جرا :

ومن فروع ذلك :

لو تغير اجتهاده فى القبلة عمل بالثانى ، ولا قضاء حتى لو صلى أربع ركعات لأربع جهات بالاجتهاد فلا قضاء .

ومنها لو اجتهد فظن طهارة أحد الإناءين فاستعمله وترك الآخر ، ثم تغير ظنه لايعمل بالثانى ، بل يتيمم .

ومنها لو شهد الفاسق فردت شهادته فتاب وأعادها لم تقبل ، لأن قبول شهادته بعدالتوبة يتضمن نقض الاجتهاد بالاجتهاد ، كذا علله فى التتمة .

ومنها لو ألحقه القائف بأحد المتداعيين ثم رجع وألحقه بالآخر لم يقبل .

ومنها لو ألحقه قائف بأحدهما ، فجاءقائف آخر فألحقه بالآخر لم يلحق به ، لأن الاجتهاد لاينقض بالاجتهاد .

ومنها لو حكم الحاكم بشىء ثم تغير اجتهاده لم ينقض الأول وإن كان الثانى أقوى ، غير أنه فى واقعة جديدة لايحكم إلا بالثانى بخلاف مالو تيقن الخطأ .

ومنها حكم الحاكم فى المسائل المجتهد فيها لاينقض ، ولذلك أمثلة .

منها الحكم بحصول الفرقة فى اللعان بأكثر الكلمات الخمس وببطلان خيار المجلس والعرايا ومنع القصاص فى المثقل ، وصحة النكاح بلا ولى أو بشهادة فاسقين ، وبيع أم الولد وثبوت الرضاع بعد حولين ، وصحة نكاح الشغار والمتعة ، وأنه لاقصاص بين الرجل والمرأة فى الأطراف ، ورد الزوائد مع الأصل فى الرد بالعيب ، وجريان التوارث بين المسلم والكافر ، وقتل الوالد بالولد والحر بالعبد والمسلم بالذمى ، على ماصححه فى أصل الروضة فى الجميع وإن كان الصواب فى الأخير النقض بمخالفته النص الصحيح الصريح .

ومنها لو خالع زوجته ثلاثا ثم تزوجها الرابعة بلا محلل ، لاعتقاده أن الخلع فسخ ، ثم تغير اجتهاده وهو باق معها بذلك النكاح ، قال الغزالى : إن حكم الحاكم بصحته لم تجب عليه مفارقتها ، وإن تغير اجتهاده لما يلزم فى فراقها من تغير حكم الحاكم فى المجتهدات ،

قال : وإن لم يحكم حاكم ففيه تردد ، والمختار وجوب المفارقة لما يلزم فى إمساكها من الوطء الحرام على معتقده .

الثانى قالوا : وما ذكره فى حكم الحاكم مبنى على أن حكمه ينفذ باطنا ، وإلا فلا يلزم من فراقه إياها نقض حكم الحاكم لأن هذا بالنسبة إلى أخذه فى خاصة نفسه وامتناع نقض الحكم فى المجتهدات لما تقدم ، ليظهر أثره فى المتنازعين .

وعلى ذلك أيضا نبنى ماحكاه ابن أبى الدم فى أدب القضاء عن الأصحاب أن الحنفى إذا خلل خمرا فأتلفها عليه شافعى لايعتقد طهارتها بالتخليل ، فترافعا إلى حنفى ، وثبت ذلك عنده بطريقه ، فقضى على الشافعى بضمانها ، لزمه ذلك قولا واحدا حتى لو لم يكن للمدعى بينة وطالبه بعد ذلك بأداء ضمانها ، لم يجز للمدعى عليه أن يحلف أنه لايلزمه شىء لأنه على خلاف ماحكم به الحاكم ، والاعتبار فى الحكم باعتقاد القاضى دون اعتقاده وكأن هذا مفرع على نفوذ الحكم باطنا وإلا فيسوغ له الحلف ويؤيده الخلاف فيما إذا حكم الحنفى للشافعي بشفعة الجوار هل تحل له !

تنبيهات

الأول وقع فى فتاوى السبكى أن امرأة وقفت دارا ذكرت أنها بيدها وملكها وتصرفها على ذريتها - وشرطت النظر لنفسها ثم لولدها وأشهد حاكم شافعى على نفسه بالحكم بموجب الإقرار المذكور وبثبوت ذلك عنده وبالحكم به وبعده شافعى آخر فأراد حاكم مالكى إبطال هذا الوقف بمقتضى شرطها النظر لنفسها واستمرار يدها عليها وبمقتضى كون الحاكم لم يحكم بصحته وأن حكمه بالموجب لايمنع النقض وأفتاه بعض الشافعية بذلك تعلقا بما ذكره الرافعى عن أبى سعيد الهروى فى قول الحاكم صح ورود هذا الكتاب على خقباته قبول مثله وألزمت العمل بموجبه - أنه ليس بحكم وتصويب الرافعى ذلك :

قال السبكى : والصواب عندى أنه لايجوز نقضه سواء اقتصر على الحكم بالموجب أم لا لأن كل شىء حكم فيه حاكم حكما صحيحا لا ينقض حكمه وأما من خص ذلك فى الحكم بالصحة فلا :

وليس هذا اللفظ فى شىء من كتب العلم فليس من شرط امتناع النقض أن يأتى الحاكم بلفظ الحكم بالصحة .

قال ولأن الحكم بموجب الإقرار مستلزم للحكم بصحة الإقرار وصحة المقر به فى حق المقر ، فاذا حكم المالكى ببطلان الوقف استلزم الحكم ببطلان الإقرار وببطلان المقر به فى حق المقر :

قال ولأن الاختلاف بين الحكم بالصحة والموجب إنما يظهر فيما يكون الحكم فيه بالصحة مطلقا على كل أحد : أما الإقرار فالحكم بصحته إنما هو على المقر والحكم بموجبه كذلك .

قال : وأما مانقله الرافعى عن الهروى فالضمير فى قوله « بموجبه » عائد على الكتاب وموجب الكتاب صدور ماتضمنه من إقرار أو تصرف أو غير ذلك : وقبوله ، وإلزام العمل به هو أنه ليس بزور ، وأنه مثبت الحجة غير مردود ، ثم يتوقف الحكم بها على أمور أخر :

منها عدم معارضة بينة أخرى كما صرح به الهروى فى بقية كلامه وغير ذلك ولذلك قال الرافعى الصواب أنه ليس بحكم ونحن نوافقه على ذلك فى تلك المسألة :

أما مسألتنا هذه فالحكم بموجب الإقرار الذى هو مضمون الكتاب ولم يتكلم الرافعى ولا الهروى فيه بشىء فزال التعلق بكلامهما ، انتهى :

الثانى

معنى قولهم «الاجتهاد لاينقض بالاجتهاد» أى فى الماضى ولكن يغير الحكم فى المستقبل لانتفاء الترجيح الآن ولهذا يعمل بالاجتهاد الثانى فى القبلة ولا ينقض مامضى :

وفى المطلب ماقاله الأصحاب فى الخنثى إذا تعارض البول مع الحيض فلا دلالة تقتضى أنه لو بال من فرج الرجل وحكمنا بذكورته ثم حاض فى أوانه حكمنا بإشكاله إذالبول يتقدم إمكان الحيض .

قال وما اقتضاه كلامهم مشكل لأنه نقض للاجتهاد بالاجتهاد .

قال الأسنوى : والجواب عنه أن النقض الممتنع إنما هو فى الأحكام الماضية ونحن لانتعرض لها وإنما غيرنا الحكم لانتفاء المرجح الآن وصار كالمجتهد فى القبلة وغيرها إذا غلب على ظنه دليل فأخذ به ثم عارضه دليل آخر فانه يتوقف عن الأخذ به فى المستقبل ولا ينقض بامضى

الثالث

استثنى من القاعدة صور

الأولى للإمام الحمى ولو أراد من بعده نقضه فله ذلك فى الأصح لأنه للمصلحة وقد تتغير

ومنع الإمام الاستثناء وقال ليس مأخذ التجويز هذا ولكن حمى الأول كان للمصلحة وهى المتبع فى كل عصر :

الثانية لو قسم فى قسمة إجبار ثم قامت بينة بغلط القاسم أو حيفه نقضت مع أن القاسم قسم باجتهاده فنقض القسمة بقول مثله والمشهود به مجتهد فيه مشكل وقد استشكله صاحب المطلب لذلك ؛

الثالثة إذا قوم المقومون ثم اطلع على صفة زيادة أو نقص بطل تقويم الأول لكن هذا يشبه نقض الاجتهاد بالنص لا بالاجتهاد ؛

الرابعة لو أقام الخارج بينة وحكم له بها وصارت الدار فى يده ثم أقام الداخل بينة حكم له بها ونقض الحكم الأول لأنه إنما قضى للخارج لعدم حجة صاحب اليد هذا هو الأصح فى الرافعى .

وقال الهروى : فى الإشراف : قال القاضى حسين : أشكلت على هذه المسألة منذ نيف وعشرين سنة ، لما فيها من نقض الاجتهاد بالاجتهاد ، وتردد جوابى ، ثم استقر رأيى على أنه لا ينقض .

فائدة

قال السبكى : إذا كان للحاكم أهلية الترجيح ورجح قولا منقولا بدليل جيد جاز ، ونفذ حكمه ؛ وإن كان مرجوحا عند أكثر الأصحاب مالم يخرج عن مذهبه ، وليس له أن يحكم بالشاذ الغريب فى مذهبه ، وإن ترجح عنده ، لأنه كالخارج عن مذهبه فلو حكم بقول خارج عن مذهبه وقد ظهر له رجحانه ، فان لم يشرط عليه الإمام فى التولية التزام

مذهب جاز ، وإن شرط عليه باللفظ أو العرف كقوله «على قاعدة من تقدمه » ونحو ذلك لم يصح الحكم لأن التولية لم تشمله .

وأفتى ابن عبد السلام بأن الحاكم المعلوم المذهب إذا حكم بخلاف مذهبه وكان له رتبة الاجتهاد ، أو وقع الشك فيه : فالظاهر أنه لايحكم بخلاف مذهبه فينقض حكمه .

وقال الماوردى : إذا كان الحاكم شافعيا وأداه اجتهاده فى قضية أن يحكم بمذهب أبى حنيفة جاز .

ومنع منه بعض أصحابنا لتوجه التهمة إليه ، ولأن السياسة تقتضى مدافعة استقرار المذاهب وتمييز أهلها .

وقال ابن الصلاح : لايجوز لأحد أن يحكم فى هذا الزمان بغير مذهبه ، فان فعل نقض لفقد الاجتهاد فى أهل هذا الزمان .

خاتمة

ينقض قضاء القاضى إذا خالف نصا ، أو إجماعا ، أو قياسا جليا .

قال القرافى : أو خالف القواعد الكلية . قال الحنفية : أو كان حكما لادليل عليه ، نقله السبكى فى فتاويه .

قال : وما خالف شرط الواقف فهو مخالف للنص . وهو حكم لادليل عليه ، سواء كان نصه فى الوقف نصا ، أو ظاهرا .

قال : وما خالف المذاهب الأربعة ، فهو كالمخالف للإجماع .

قال : وإنما ينقض حكم الحاكم لتبين خطئه ، والخطأ قد يكون فى نفس الحكم بكونه خالف نصا أو شيئا مما تقدم ، وقد يكون الخطأ فى السبب كأن يحكم ببينة مزورة ثم يتبين خلافه ، فيكون الخطأ فى السبب لافى الحكم ، وقد يكون الخطأ فى الطريق ، كما إذا حكم ببينة ثم بان فسقها .

وفى هذه الثلاثة ينقض الحكم بمعنى أنا تبينا بطلانه ، فلو لم يتعين الخطأ ، بل حصل مجرد التعارض : كقيام بينة بعد الحكم بخلاف البينة التى ترتب الحكم عليها ، فلا نقل فى المسألة .

والذى يترجح : أنه لاينقض ، لعدم تبين الخطأ .

القاعدة الثانية

إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام

وأورده جماعة حديثا بلفظ «مااجتمع الحلال والحرام إلا غلب الحرام الحلال» .

قال الحافظ أبو الفضل العراقى : ولا أصل له ، وقال السبكى فى الأشباه والنظائر .

نقلا عن البيهقى : هو حديث رواه جابر الجعفى ، رجل ضعيف عن الشعبى عن ابن مسعود ، وهو منقطع ؛

قلت : وأخرجه من هذا الطريق عبدالرزاق فى مصنفه ؛ وهو موقوف على ابن مسعود لامرفوع ؛

ثم قال ابن السبكى : غير أن القاعدة فى نفسها صحيحة ؛ قال الجوينى فى السلسلة : لم يخرج عنها إلا ماندر .

فمن فروعها :

إذا تعارض دليلان : أحدهما يقتضى التحريم والآخر الاباحة ؛ قدم التحريم فى الأصح ومن ثم قال عثمان ، لما سئل عن الجمع بين أختين بملك اليمين «أحلتهما آية وحرمتهما آية ؛ والتحريم أحب إلينا» وكذلك تعارض حديث «لك من الحائض مافوق الإزار» وحديث «اصنعوا كل شىء إلا النكاح» فان الأول يقتضى تحريم مابين السرة والركبة ؛ والثانى يقتضى إباحة ماعدا الوطء ، فيرجح التحريم احتياطا ؛

قال الأئمة : وإنما كان التحريم أحب لأن فيه ترك مباح لاجتناب محرم . وذلك أولى من عكسه ؛

ومنها : او اشتبهت محرم بأجنبيات محصورات لم تحل .

ومنها : قاعدة مد عجوة ودرهم ؛

ومنها : من أحد أبويها كتابى ، والآخر مجوسى ؛ أو وثنى : لايحل نكاحها ولا ذبيحتها ، ولو كان الكتابى الأب فى الأظهر ، تغليبا لجانب التحريم ؛

ومنها : من أحد أبويه مأكول ، والآخر غير مأكول ، ؛ لايحل أكله ، ولو قتله محرم ففيه الجزاء تغليبا للتحريم فى الجانبين ؛

ومنها : لو كان بعض الضبة للحاجة ، وبعضها للزينة : حرمت .

ومنها : لو كان بعض الشجرة فى الحل ، وبعضها فى الحرم : حرم قطعها ؛

ومنها : لو اشترك فى الذبح مسلم ومجوسى ، أو فى قتل الصيد سهم وبندقة : لم يحل ؛

ومنها : عدم جواز وطء الجارية المشتركة ؛

ومنها : لو اشتبه مذكى بميتة ، أو لبن بقر بلبن أتان ، أو ماء وبول : لم يجز تناول شىء منها ولا بالاجتهاد ، مالم تكثر الأوانى كاشتباه المحرم ؛

ومنها : لو اختلطت زوجته بغيرها ، فليس له الوطء ، ولا باجتهاد ، سواء كن محصورات أم لا بلا خلاف ، قاله فى شرح المهذب ؛

ومن صوره : أن يطلق إحدى زوجتيه مبهما ، فيحرم الوطء قبل التعيين . أو يسلم على أكثر من أربع ، فيحرم قبل الاختيار ؛

ومنها : ماذكره النووى فى فتاويه : إذا أخذ المكاس من إنسان دراهم فخلطها بدراهم المكس ؛ ثم رد عليه قدر درهمه من ذلك المختلط ؛ لايحل له إلا أن يقسم بينه وبين الذى أخذت منهم ؛

وفى فتاوى ابن الصلاح : لو اختلط درهم حلال بدراهم حرام ؛ ولم يتميز فطريقه : أن يعزل قدر الحرام بنية القسمة ؛ ويتصرف فى الباقى ، والذى عزله إن علم صاحبه سلمه إليه ، وإلا تصدق به عنه ، وذكر مثله النووى ؛ وقال : اتفق أصحابنا ، ونصوص الشافعى على مثله فيما إذا غصب زيتا أو حنطة ؛ وخلط بمثله ، قالوا : يدفع إليه من المختلط قدر حقه ؛ ويحل الباقى للغاصب ؛

قال : فأما مايقوله العوام : إن اختلاط ماله بغيره يحرمه ؛ فباطل ، لاأصل له ؛

ومنها : لو انتشر الخارج فوق العادة ، وجاوز الحشفة أو الصفحة ، فانه لايجزى الحجر فى غير المجاوز أيضا ؛

ومنها : لو تلفظ الجنب بالقرآن . بقصد القراءة والذكر معا : فانه يحرم ؛

ومنها : لو وقف جزءا من أرض مشاعا مسجدا : صح ؛ ووجب القسمة ، ولايجوز قبل القسمة للجنب المكث فى شىء من أجزائها ؛ ولا الاعتكاف ؛ تغليبا للتحريم فى الجانبين ذكره ابن الصلاح فى فتاويه ؛

ومنها : لو رمى الصيد فوقع بأرض ، أو جبل ، ثم سقط منه ، حرم لحصول الموت بالسهم والسقطة ؛

وخرج عن هذه القاعدة فروع :

منها : الاجتهاد فى الأوانى والثياب ، والثوب المنسوج من حرير وغيره يحل إن كان الحرير أقل وزنا ، وكذا إن استويا فى الأصح ، بخلاف ماإذا زاد وزنا .

ونظيره : التفسير ، يجوز مسه للمحدث . إن كان أكثر من القرآن ، وكذا إن استويا فى الأصح ، إلا إن كان القرآن أكثر .

ومنها : لو رمى سهما إلى طائر ؛ فجرحه ، ووقع على الأرض فمات ، فانه يحل ؛ وإن أمكن إحالة الموت على الوقوع على الأرض ؛ لأن ذلك لابد منه ، فعفى عنه ؛

ومنها : معاملة من أكثر ماله حرام إذا لم يعرف عينه لايحرم فى الأصح ، لكن يكره وكذا الأخذ من عطايا السلطان إذا غلب الحرام فى يده كما قال فى شرح المهذب : إن المشهور فيه الكراهة ، لا التحريم ، خلافا للغزالى ؛

ومنها : لو اعتلفت الشاة علفا حراما لم يحرم لبنها ولحمها ، ولكن تركه أورع ؛ نقله فى شرح المهذب عن الغزالى ؛

ومنها : أن يكون الحرام مستهلكا أو قريبا منه ؛ فلو أكل المحرم شيئا قد استهلك فيه

الطيب فلا فدية ، ولو خالط المائع الماء بحيث استهلك فيه جاز استعماله كله في الطهارة .
ولو مزج لبن المرأة بماء بحيث استهلك فيه ، لم يحرم ، وكذا لو لم يستهلك ، ولكن لم يشرب الكل ، ولا يجوز القراض على المغشوش ؛ قال الجرجاني : مالم يكن مستهلكا ؛

ومنها : لو اختلطت محرمه بنسوة قرية كبيرة ؛ فله النكاح منهن ؛

ولو اختلط حمام مملوك بمباح لاينحصر ؛ جاز الصيد ؛ ولو كان المملوك غير محصور أيضا في الأصح .

قال في زوائد الروضة : ومن المهم : ضبط العدد المحصور ؛ فانه يتكرر في أبواب الفقه : وقل من بينه ؛

قال الغزالي : وإنما يضبط بالتقريب ؛ فكل عدد لو اجتمع في صعيد واحد ، لعسر على الناظرين عده بمجرد النظر ؛ كالألف ونحوه ، فهو غير محصور ؛ وما سهل ؛ كالعشرة والعشرين فهو محصور ، وبين الطرفين أوساط متشابهة ، تلحق بأحد الطرفين بالظن ، وما وقع فيه الشك استفتى فيه القلب ؛

ولو ملك الماء بالاستسقاء ، ثم انصب في نهر ، لم يزل ملكه عنه ؛ ولا يمنع الناس من الاستقاء ؛ وهو في حكم الاختلاط بغير المحصور ؛

قال في الإحياء : ولو اختلط في البلد حرام لاينحصر ؛ لم يحرم الشراء منه ، بل يجوز الأخذ منه ، إلا أن يقترن به علامة على أنه من الحرام .

فصل

يدخل في هذه القاعدة : تفريق الصفقة . وهي أن يجمع في عقدين حرام وحلال ؛
ويجرى في أبواب ؛ وفيها غالبا قولان ، أو وجهان ؛ أصحهما الصحة في الحلال ؛ والثاني : البطلان في الكل ؛ وادعى في المهمات : أنه المذهب .

واختلف في علته . فالصحيح : أنها الجمع بين الحلال والحرام ؛ فغلب الحرام ؛ وقيل : الجهالة بما يخص الملك من العوض ؛

ومن أمثلة ذلك في البيع : أن يبيع خلا وخمرا ، أو شاة وخنزيرا ، أو عبدا وحرا ، أو عبده وعبد غيره ، أو مشتركا بغير إذن شريكه ، أو مال الزكاة قبل إخراجها ، أو الماء الجاري مع قراره ، أو غير الجاري ، وقلنا : الماء لايملك . والأظهر الصحة في القدر المملوك بحصته من المسمى ؛

ومنها : أن يهب ذلك ، كما صرح به في التتمة ، فيما إذا وهب عبدا فخرج بعضه مستحقا أن يرهنه ، أو يصدقه ، أو يخالع عليه .

وفي النكاح : أن يجمع من لاتحل له الأمة : بين حرة وأمة في عقد ، فالأظهر : صحة النكاح في الحرة . وكذا لو جمع في عقد بين مسلمة ووثنية ، أو أجنبية ومحرم ، أو خلية ،

ومعتدة ، أو مزوجة . وكذا لوجمع من تحل له الأمة بين أمة وأختين: فانه يبطل فى الأختين وفى الأمة : القولان .

وفى الهدنة : إذا زادت على القدر الجائز ، بطلت فى الزائد : وفى الباقى : القولان أظهرهما : الصحة :

وفى المناضلة : إذا كانت بين حزبين ، فظهر فى أحدهما من لا يحسن الرمى ، بطل العقد فيه . وسقط منا الحزب الآخر مقابله . وهل يبطل العقد فى الباقى : فيه القولان . أصحهما : لا .

وفى الضمان والإبراء : لو قال : ضمنت لك الدراهم التى على فلان ، أو أبرأتك من الدراهم التى عليك ، وهو لا يعلم قدرها . فهل يصح فى ثلاثة ، لأنها القدر المستيقن : وجهان ، من تفريق الصفقة . كذا فى الروضة وأصلها فى الصداق ومقتضاه الصحة :

وذكر المسئلة فى باب الضمان ، وقالا : وجهان ، كما لو أجر كل شهر بدرهم : وهل يصح فى الشهر الأول ومقتضاه تصحيح البطلان ، فانه الأصح فى مسئلة الإجارة :

ولو أهدى من له عادة بالإهداء للقاضى ، وزاد على المعتاد قبل الولاية ، ففى أصل الروضة : صارت هديته كهدية من لم تعهد منه الهدية ، ومقتضاه : تحريم الكل .

قال فى المهمات : والقياس تخصيص ذلك بما زاد ، وتخريج الباقى على تفريق الصفقة . وحينئذ فتصير الهدية مشتركة على الصحيح ، فان زاد فى المعنى ، كأن أهدى الحرير بعد أن كان يهدى الكتان ، فهل يبطل فى الجميع ، أو يصح فيها بقدر قيمة العادة فيه نظر ، والأوجه : الأول انتهى :

وقال البلقينى : المعتمد اختصاص التحريم بالزيادة ، فان تميزت ، وإلا حرم الكل.

وفى إحياء الموات : لو تحجر الشخص أكثر مما يقدر على إحيائه ، فقيل : يبطل فى الجميع ، لأنه لا يتميز ما يقدر عليه من غيره . وقال المتولى : يصح فيما يقدر عليه . قال فى الروضة : وهو قوى :

وفى الوصية : لو أوصى بثلثه لوارث وأجنبى ، بطلت فى الوارث : وفى الآخر : وجهان : أصحهما : الصحة :

وألحق بعضهم بذلك : ما إذا أوصى بأكثر من الثلث ، ولا وارث له ، فالمعروف فيه الجزم بالصحة فى الثلث :

وفى الشهادات : لو جمع فى شهادته بين ما يجوز ، وما لا يجوز ، هل تبطل فى الكل ، أو فيما لا يجوز خاصة ، ويقبل فيما يجوز فيه قولا تفريق الصفقة :

ومن أمثلته :

لو ادعى بألف : فشهد له بألفين : بطلت فى الزائد ، وفى الألف المدعى بها قولا تفريق الصفقة أصحهما : الصحة :

تنبيـه

ذكروا لجريان الخلاف فى تفريق الصفقة شروطا :

الأول : أن لايكون فى العبادات ، فان كانت فيها ، صح فيما يصح فيه قطعا ؛

فلو عجل زكاة سنتين ، صح لسنة قطعا ؛

ولو نوى حجتين : انعقدت واحدة قطعا ؛

ولو نوى فى النفل : أربع ركعات بتسليمتين ؛ انعقدت بركعتين قطعا ، دون الأخيرتين لأنه لما سلم منهما خرج عن الصلاة ؛ فلا يصير شارعا فى الأخيرتين ، إلا بنية وتكبيرة ؛ ذكره القاضى حسين فى فتاويه ؛

ويستثنى صور :

الأولى : لو نوى فى رمضان صوم جميع الشهر ، بطل فيما عدا اليوم الأول ، وفيه وجهان ، أصحهما : الصحة ؛

الثانية : لو نوى التيمم لفرضين ، بطل فى أحدهما ، وفى الآخر وجهان ؛ أصحهما : الصحة ؛

وقد انعكست هذه المسئلة على الزركشى ؛ فقال ، فى قواعده : صح لواحد قطعا ؛ وفى الآخر خلاف ، وهو غلط ؛

الثالثة : ادعى على الخارص الغلط بما يبعد ، لم يقبل فيما زاد على القدر المحتمل ؛ وفى المحتمل : وجهان ؛ أصحهما : القبول فيه .

الرابعة : نوى قطع الوضوء فى أثنائه . بطل ما صادف النية قطعا ؛ وفى الماضى وجهان أصحهما : لا .

قال فى الخادم : وهى من مسائل تفريق الصفقة فى العبادات .

الخامسة : مسح أعلى الخفين ، وهو ضعيف ، ووصل البلل إلى أسفل القوى ، وقصدهما ، لم يصح فى الأعلى ، وفى الأسفل وجهان أصحهما : الصحة ؛

السادسة : صلى على موتى ، واعتقدهم أحد عشر ، فبانوا عشرة فوجهان فى البحر ؛ أصحهما : الصحة ، والثانى : البطلان ، لأن النية قد بطلت فى الحادى عشر ، لكونه معدوما ، فتبطل فى الباقى ؛

السابعة : صلى على حى وميت ؛ فالذى يظهر أن يكون فيه وجهان ، من تفريق الصفقة ، لكن فى البحر : إن جهل الحال صحت ، وإلا فلا ؛ كمن صلى الظهر قبل الزوال ، وفيما قاله نظر ؛

الثامنة : ولم أر من تعرض لها — إذا جاوز الغائط الأليتين ، أو البول الحشفة ، وتقطع فان الماء يتعين فى المجاوز قطعا ، وفى غيره وجهان ؛ أصحهما : يجزى فيه الحجر ؛ ذكره

فى شرح المهذب ، وجزم به فى الكفاية ، ونقله القاضى حسين عن النص ، والروياني عن الأصحاب والثانى : يجب غسل الجميع ، حكاه فى الحاوى .

الشرط الثانى

أن لا يكون مبنيا على السراية ، والتغليب : فان كان ، كالطلاق ، والعتق : بأن طلق زوجته وغيرها ، أو أعتق عبده وغيره ، أو طلقها أربعا ، نفذ فيما يملكه إجماعا ؛

الثـالث

أن يكون الذى يبطل فيه معينا بالشخص ، أو الجزئية ؛ ليخرج ما إذا اشترط الخيار أربعة أيام ، فانه يبطل فى الكل ، ولم يقل أحد بأنه يصح فى الثلاثة ؛ وغلط البالسى فى شرح التنبيه ، حيث خرجها على القولين ، وما إذا عقد على خمس نسوة ، أو أختين معا : فانه يبطل فى الجميع ؛ ولم يقل أحد بالصحة فى البعض ؛ لأنه ليست هذه بأولى من هذه ؛

وغلط صاحب الذخائر بتخريجها ؛

ولو جمع من تحل له الأمة ـ لإعساره ـ بين حرة وأمة فى عقد فطريقان : أظهرها عند الإمام ، وابن القاص أنه على القولين ؛ وقال ابن الحداد وأبو زيد وآخرون : يبطل قطعا لأنه جمع بين امرأتين ، يجوز إفراد كل منهما ، ولا يجوز الجمع ، فأشبه الأختين : والأول فرق بأن الأختين ليس فيهما أقوى ؛ والحرة أقوى ؛

واستثنى من هذا الشرط مسئلتا المناضلة ، والتحجر السابقتان : فان الأصح فيهما الصحة . تخريجا على القولين ، مع أنه لا يتعين الذى يبطل فيه ؛

الرابع

إمكان التوزيع ، ليخرج مالو باع مجهولا ومعلوما

ومن ذلك : مالو باع أرضا مع بذر ، أو زرع . لا يفرد بالبيع ، فانه يبطل فى الجميع على المذهب : وقيل : فى الأرض القولان ؛

واستثنى من ذلك مسئلة بيع الماء مع قراره ، فان الماء الجارى مجهول القدر ؛

الخامس

أن لا يخالف الإذن ، ليخرج مالو استعار شيئا ليرهنه على عشرة فرهنه بأكثر . فالمذهب : البطلان فى الكل ، لمخالفة الإذن ؛ وقيل : يخرج على تفريق الصفقة ؛

ولو استأجره لينسج له ثوبا ، طوله عشرة أذرع ، فى عرض معين ، فنسج أحد عشر لم يستحق شيئا من الأجرة ، أو تسعة . فان كان طول السدى عشرة ، استحق من الأجرة

بقدره ، لأنه لو أراد أن ينسج عشرة لتمكن منه : وإن كان طوله تسعة ، لم يستحق شيئا حكاه الرافعى عن التتمة :

ولو أجر الراهن العين المرهونة مدة تزيد على محل الدين : بطل فى الكل على الصحيح : وقيل : بل فى القدر الزائد ، وفى الباقى قولا تفريق الصفقة ، واختاره السبكى :

ونظير ذلك : أن يشرط الواقف : أن لايؤجر الوقف أكثر من سنة مثلا فيزاد ، فأفتى الشيخ ولى الدين العراقى بالبطلان فى الكل ، قياسا على مسئلة الرهن :

وأفتى قاضى القضاة : جلال الدين البلقينى بالصحة ، فى القدر الذى شرطه الواقف .

قال له الشيخ ولى الدين : أنت تقول بقول الماوردى فى الرهن قال : لا : قال : فافرق : قال : حتى أعطى المسئلة كتفا :

قلت : والمسئلة ذكرها الزركشى فى قواعده : وقال : لم أر فيها نقلا ، والظاهر أنها على خلاف تفريق الصفقة ، حتى يصح فى المشروط وحده : وذكرها أيضا الغزى ، فى أدب القضاء ، وقال : لانقل فيها : والمتجه : التخريج على تفريق الصفقة ، انتهى :

فائدة

قال الزركشى : مخالفة الإذن على ثلاثة أقسام : مخالفة إذن وصفى ، كمسئلة الإعارة للرهن ، ومخالفة إذن شرعى ، كمسئلة إجارة المرهون : ومخالفة إذن شرطى ، كمسئلة إجارة الوقف المذكورة .

السادس

أن لايبنى على الاحتياط : فلو زاد فى العرايا على القدر الجائز : فالمذهب : البطلان فى الكل : وفى المطلب عن الجوينى : تخريجه على القولين :

ولو أصدق الولى عن الطفل أو المجنون ، عينا من ماله أكثر من مهر المثل : فالمجزوم به فى الصداق فى أصل الروضة فساد الصداق ، والذى فى التنبيه : أنه يبطل الزائد فقط ، ويصح فى قدر مهر المثل من المسمى . وأقره فى التصحيح ، وصححه فى أصل الروضة ، فى نكاح السفيه .

ثم حكى عن ابن الصباغ : أن القياس بطلان المسمى ووجوب مهر المثل من المسمى ، وأن الفرق أنه على قوله : يجب مهر المثل فى الذمة ، وعلى الأول : تستحق الزوجة مهر المثل من المسمى .

قال ابن الرفعة : فهذا تناقض ، إذ لافرق بين ولى الطفل ، وولى السفيه :

وقال السبكى : فى تصوير المسألة بين الأصحاب ، وابن الصباغ : نظر : فان الولى

إن لم يتعرض للمهر ، فالعقد إنما يكون على الذمة ، ولا يصح إلا بمهر المثل ، لا بمسمى غيره : فلا يتحقق الخلاف :

وإن أذن فى عين - هى أكثر من مهر المثل - فينبغى أن يبطل فى الزائد. وفى الباقى خلاف تفريق الصفقة ، أو هو كبيعه بالاذن عينا من ماله :

قال : ويمكن أن يصور بقوله : انكح فلانة ، وأصدقها من هذا المال ، فأصدق منه أكثر من مهر مثلها : لكن يأتى فيه الخلاف فى إذنه فى البيع :

قال : وقد تصور بما إذا لم ينص على المهر ، وعقد على زائد من غير نقد البلد ، فعند ابن الصباغ : يرجع إلى مهر المثل من نقد البلد . وعند غيره : يصح فى قدر مهر المثل مما سمى : انتهى .

السابع

ان يورد على الجملة ليخرج مالو قال : أجرتك كل شهر بدرهم ، فانه لا يصح فى سائر الشهود قطعا ، ولا فى الشهر الأول على الأصح .

ولو قال : ضمنت نفقة الزوجة ، فالضمان فى الغد ، وما بعده فاسد : وهل يصح فى يوم الضمان؟ وجهان : أصحهما : لا ، بناء على مسئلة الاجارة :

الثامن

أن يكون المضموم إلى الجائز يقبل العقد فى الجملة

فلو قال : زوجتك بنتى وابنى ، أو وفرسى: صح نكاح البنت على المذهب ، لأن المضموم لا يقبل النكاح ، فلغا . وقيل : يطرد القولين :

تنبيه

كما تفرق الصفقة فى المثمن تفرق فى الثمن

ومثاله : ماقالوه فى الشفعة : لو خرج بعض المسمى مستحقا بطل البيع فى ذلك القدر ، وفى الباقى خلاف تفريق الصفقة فى الابتداء :

فصل

ويدخل فى هذه القاعدة أيضا : قاعدة «إذا اجتمع فى العبادة جانب الحضر ، وجانب السفر غلب جانب الحضر» لأنه اجتمع المبيح ، والمحرم : فغلب المحرم :

فلو مسح حضرا ، ثم سافر ، أو عكس : أتم مسح مقيم :

ولو مسح إحدى الخفين حضرا ، والأخرى سفرا : فكذلك على الأصح عند النووى طردا للقاعدة :

ولو أحرم قاصرا ، فبلغت سفينته دار إقامته أتم ؛

ولو شرع فى الصلاة فى دار الإقامة ، فسافرت سفينته ، فليس له القصر .

واستشكل تصويره . لأن القصر شرطه النية فى الإحرام : ولا يصح بنيته فى الإقامة.
فامتناع القصر إذا سافر أثناءها ، لفقد نيته ، لالتغليب حكم الحضر ؛

وأجيب : بأنا نعلل وجوب الإتمام بعلتين : إحداهما : اجتماع حكم الحضر ، والسفر والأخرى : فقد نية القصر .

ولو قضى فائتة سفر فى الحضر ، أو عكسه : امتنع القصر ؛

ولو أصبح صائما فى الإقامة ، فسافر أثناء النهار ، أو فى السفر ، فأقام أثناءه : حرم الفطر على الصحيح .

ولو ابتدأ النافلة على الأرض ، ثم أراد السفر : فأراد ترك الاستقبال : لم يجز له بلا خلاف قاله فى شرح المهذب .

ولو أقام بين الصلاتين : بطل الجمع ، أو قبل فراغهما فى جمع التأخير : صارت الأولى قضاء .

ولو شرع المسافر فى الصلاة بالتيمم ، فرأى الماء : لم تبطل : فان نوى الإقامة بعده . بطلت على الصحيح .

ولو نوى الإقامة ، ولم ير ماء : أتمها : وهل تجب الإعادة ؟ وجهان : أحدهما : نعم لأنه صار مقيما ، والمقيم تلزمه الاعادة ؛ والثانى : لا : وبه قطع الرويانى ، واختاره ابن الصباغ ؛

قال البغوى : ولو اتصلت السفينة التى يصلى فيها بدار الاقامة فى أثناء صلاته بالتيمم. لم تبطل : ولم تجب الاعادة فى الأصح ، كما لو وجد الماء . نقل ذلك فى شرح المهذب . وأقره ، فعلى ماذكره الرويانى ، والبغوى . يستثنى ذلك من القاعدة ؛

فرع

ولدته ، ولم أره منقولا

لو أحرم بالجمعة فى سفينة بدار الاقامة على الشط . بأن اتصلت الصفوف إليه ، فصلى مع الامام ركعة ، ثم نوى المفارقة : جاز وصح إتمامه الجمعة .

فلو سارت السفينة ، والحالة هذه ، وفارقت عمران البلد ، فيحتمل أن يتم الجمعة ، لأنه أدركها بادراك ركعة مع الامام ، والوقت باق . ويحتمل أن تنقلب ظهرا ، لأن الجمعة شرطها دار الاقامة ، فلما فارقها أشبه مالو خرج الوقت فى أثنائها . ويحتمل أن تبطل الصلاة بالكلية لأنه طرأ مانع من إتمامها جمعة : والوقت باق . وفرضه الجمعة ، وهو عاص بمفارقته بلد الجمعة قبل انقضائها ، ومتمكن من العود إليها لادراكها ، ومن

فرضه الجمعة لايصح منه الظهر قبل اليأس منها . وهذا الاحتمال أوجه عندى ، ولم أر المسئلة مسطورة :

فصل

ويدخل فى هذه القاعدة أيضا ، قاعدة « إذا تعارض المانع والمقتضى ، قدم المانع »

ومن فروعها :

لواستشهد الجنب ، فالأصح أنه لايغسل :

ولو ضاق الوقت أوالماء عن سنن الطهارة : حرم فعلها .

ولو ارتد الزوجان معا : تشطر الصداق فى الأصح ، كما لوارتد وحده :

ولو جرحه جرحين : عمدا ، وخطأ ، أو مضمونا ، وهدرا ، ومات بهما: لا قصاص :

ولو كان ابن الجانى ابن ابن عم لم يعقل ، وفى قول : نعم ، كما يلى النكاح ، فى هذه الصورة :

وأجاب الأول : بأن البنوة فى العقل مانعة ، فلا يعمل معها المقتضى ، وفى ولاية النكاح ليست بمانعة ، بل غير مقتضية ، فاذا وجد مقتض ، عمل .

ونظير ذلك : ماذكره ابن المسلم فى استحقاق الخنثى السلب إن قلنا : المرأة لاتستحقه : قال : يحتمل وجهين ، منشؤهما التردد فى أن الذكورة مقتضية ، أم الأنوثة مانعة ؟

قال : والأظهر الاستحقاق :

ولو تغير فم الصائم بسبب غير الصوم ، كأن نام بعد الزوال . فهل يكره له السواك ؟ قال الزركشى : قياس هذه القاعدة الكراهة .وصرح المحب الطبرى: بأنه لايكره وخرج عن هذه القاعدة صور :

منها : اختلاط موتى المسلمين بالكفار ، أوالشهداء بغيرهم : يوجب غسل الجميع والصلاة وإن كان الصلاة على الكفار والشهداء حراما : واحتج له البيهقى : بأن النبى صلى الله عليه وسلم مر بمجلس ، فيه أخلاط من المسلمين والمشركين ، فسلم عليهم .

ومنها : يحرم على المرأة ستر جزء من وجهها فى الاحرام ، ويجب ستر جزء منه مع الرأس للصلاة ، فتجب مراعاة الصلاة :

ومنها : الهجرة على المرأة من بلاد الكفر واجبة : وإن كان سفرها وحدها حراما .

خاتمة

لهم قاعدة عكس هذه القاعدة ، وهى : « الحرام لايحرم الحلال » ، وهو لفظ حديث أخرجه ابن ماجه والدارقطنى عن ابن عمر ، مرفوعا :

قال ابن السبكي : وقد عورض به حديث « إذا اجتمع الحلال والحرام ، غلب الحرام» ، وليس بمعارض ؛ لأن المحكوم به ثم إعطاء الحلال حكم الحرام تغليبا واحتياطا لاصيرورته فى نفسه حراما ؛

ومن فروع ذلك : ماتقدم فى خلط الدرهم الحرام بالمباح ؛ وخلط الحمام المملوك بالمباح غير المحصور ؛ وكذا المحرم بالأجانب ، وغير ذلك ؛

ومنها : لو ملك أختين فوطىء واحدة ، حرمت عليه الأخرى : فلو وطىء الثانية لم تحرم عليه الأولى ، لأن الحرام لايحرم الحلال ؛

وفى وجه . إذا أحبل الثانية حلت ، وحرمت الأولى ، قال فى الروضة : وهو غريب ؛

القاعدة الثالثة

الإيثار فى القرب مكروه ؛ وفى غيرها محبوب ؛ قال تعالى (ويؤثرن على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة) ؛

قال الشيخ عزالدين : لاإيثار فى القربات ؛ فلا إيثار بماء الطهارة ، ولا بستر العورة ولا بالصف الأول ، لأن الغرض بالعبادات : التعظيم ، والإجلال ؛ فمن آثر به ، فقد ترك إجلال الإله وتعظيمه ؛

وقال الإمام : لودخل الوقت — ومعه ماء يتوضأ به — فوهبه لغيره ليتوضأ به ، لم يجز ، لاأعرف فيه خلافا ، لأن الإيثار : إنما يكون فيما يتعلق بالنفوس ، لافيما يتعلق بالقرب ، والعبادات ؛

وقال فى شرح المهذب ، فى باب الجمعة : لايقام أحد من مجلسه ليجلس فى موضعه ، فان قام باختياره ، لم يكره ، فان انتقل إلى أبعد من الامام كره ؛

قال أصحابنا : لأنه آثر بالقربة ؛

وقال الشيخ أبو محمد ، فى الفروق : من دخل عليه وقت الصلاة ، ومعه مايكفيه لطهارته ، وهناك من يحتاجه للطهارة ، لم يجز له الإيثار ؛

ولو أراد المضطر : إيثار غيره بالطعام ، لاستبقاء مهجته ، كان له ذلك ، وإن خاف فوات مهجته .

والفرق : أن الحق فى الطهارة لله ، فلا يسوغ فيه الإيثار ، والحق فى حال المخمصة لنفسه ؛

وقد علم أن المهجتين على شرف التلف ، إلا واحدة تستدرك بذلك الطعام ، فحسن إيثار غيره على نفسه ؛

قال : ويقوى هذا الفرق ، مسئلة المدافعة ؛ وهى : أن الرجل إذا قصد قتله ظلما ،

وهو قادر على الدفع ، غير أنه يعلم أن الدفع ربما يقتل القاصد ، فله الاستسلام .

وقال الخطيب فى الجامع : كره قوم إيثار الطالب غيره بنوبته فى القراءة ، لأن قراءة العلم والمسارعة إليه قربة ، والإيثار بالقرب مكروه ، انتهى .

وقد جزم بذلك النووى فى شرح المهذب ، وقال فى شرح مسلم : الايثار بالقرب مكروه ، أو خلاف الأولى ، وإنما يستحب فى حظوظ النفس ، وأمور الدنيا .

قال الزركشى : وكلام الامام ، ووالده السابق : يقتضى أن الايثار بالقرب حرام ، فحصل ثلاثة أوجه .

قلت : ليس كذلك ، بل الايثار إن أدى إلى ترك واجب فهو حرام : كالماء ، وساتر العورة ، والمكان فى جماعة لا يمكن أن يصلى فيه أكثر من واحد ، ولا تنتهى النوبة لآخرهم إلا بعد الوقت ، وأشباه ذلك ، وإن أدى إلى ترك سنة ، أو ارتكاب مكروه فمكروه ، أو لارتكاب خلاف الأولى ، مما ليس فيه نهى مخصوص ، فخلاف الأولى وبهذا يرتفع الخلاف .

تنبيه

من المشكل على هذه القاعدة : من جاء ولم يجد فى الصف فرجة ، فإنه يجر شخصا بعد الاحرام ، ويندب للمجرور أن يساعده ، فهذا يفوت على نفسه قربة ، وهو أجر الصف الأول .

القاعدة الرابعة

التابع تابع

يدخل فى هذه العبارة قواعد :

الأولى

أنه لا يفرد بالحكم ، لأنه إنما جعل تبعا .

ومن فروعه :

لو أحيى شيئا له حريم ، ملك الحريم فى الأصح ، تبعا فلو باع الحريم دون الملك ، لم يصح .

ومنها : الحمل يدخل فى بيع الأم تبعا لها ، فلا يفرد بالبيع .

ومنها : الدود المتولد فى الطعام يجوز أكله معه ، تبعا لا منفردا فى الأصح .

ومنها : لو نقض السوقة العهد ، ولم يعلم الرئيس والأشراف ، ففى انتقاض العهد فى حق السوقة وجهان . أحدهما : المنع ، كما لا اعتبار بعهدهم . حكاه الرافعى عن ابن كج .

ومنها قولهم : صفات الحقوق لاتفرد بالاسقاط ، لأنها تابعة .

فلو أسقط من عليه الدين المؤجل : الأجل . لم يسقط ، ولا يتمكن المستحق من مطالبته فى الحال ، فى الأصح لأنه صفة تابعة والصفة لاتفرد بالاسقاط ، وكذا لو أسقط الجودة أو الصحة لاتسقط ، جزم به الرافعى ؛

ولو أسقط الرهن ، أوالكفيل سقط فى الأصح ؛

وقال الجوينى : لا كالأجل ، وفرق غيره بأن شرط القاعدة : أن لايكون الوصف مما يفرد بالعقد ، كالرهن والكفيل ، بخلاف الأجل ، فإنه وصف لازم لايمكن إنشاؤه بعقد مستقل .

الثانية

التابع يسقط بسقوط المتبوع

ومن فروعه :

من فاتته صلاة فى أيام الجنون ، لايستحب قضاء رواتبها ، لأن الفرض سقط ، فكذا تابعه .

ومنها : من فاته الحج فتحلل بالطواف ، والسعى ، والحلق ، لايتحلل بالرمى ، والمبيت لأنها من توابع الوقوف ، وقد سقط فيسقط التابع ؛

ومنها : إذا بطل أمان رجال ، أو أشراف ، فنى وجه : يبطل الأمان فى الصبيان والنساء ، والسوقة ، لأنهم إنما دخلوا فى الأمان تبعا ، ولكن الأصح خلافه ؛

ومنها : لومات الفارس سقط سهم الفرس لأنه تابع : فاذا فات الأصل سقط ؛

ولو مات الفرس استحق الفارس سهم الفرس ، لأنه متبوع ؛

ومنها : لو مات الغازى : فنى قول : لا يصرف لأولاده وزوجته من الديوان لأن تبعيتهم زالت بموته ، والأصح خلافه ، ترغيبا فى الجهاد .

ومنها : لوامتنع غسل الوجه فى الوضوء لعلة به ، وماجاوره صحيح ، لم يستحب غسله للغرة كما صرح به الامام ، ونقله فى المطلب وأقره : لأنه تابع لغسل الوجه : فسقط لسقوطه لكن جزموا بأنه لو قطع من فوق الذراع ندب غسل باقى عضده ، محافظة على التحجيل .

قال الجوينى : وإنما لم يسقط التابع فى هذه الصورة لسقوط المتبوع ، كمن فاتتها صلاة زمن الحيض والجنون فانها لاتقضى رواتبها ، كما لايقضى الفرض . لأن سقوط القضاء فيما ذكر رخصة مع إمكانه ، فاذا سقط الأصل مع إمكانه ، فالتابع أولى ، وسقوط الأصل هنا لتعذره ، والتعذر مختص بالذراع ، فبقى العضد على ما كان من الاستحباب ، وصار كالمحرم الذى لاشعر على رأسه ، يندب إمرار الموسى عليه : كذا فرق الجوينى ، وجزم به الشيخان .

وفرق ابن الرفعة بأن السنة شهدت بأن تلك النوافل مكملة لنقص الفرائض، فاذا لم يكن فريضة ، فلا تكملة ، وليس تطويل التحجيل مأمورا به لتكملة غسل اليدين والرجلين ، لأنه كامل بالمشاهدة ؛ فتعين أن يكون مطلوبا لنفسه ؛

وفى هذا الفرق منع كونه تابعا ، وإليه مال الأسنوى : وفرق بين مسئلة اليد والوجه : بأن فرض الرأس المسح ، وهو باق عند تعذر غسل الوجه ؛ واستحباب مسح العنق والأذنين باق بحاله ، فاذا لم يستحب غسل ذلك ، لم يخل المحل المطلوب عن الطهارة ، ولا كذلك فى مسئلة اليد .

تنبيـه

يقرب من ذلك قولهم : « الفرع يسقط إذا سقط الأصل » ؛

ومن فروعه :

إذا برئ الأصيل برئ الضامن ؛ لأنه فرعه ، فاذا سقط الأصيل ، سقط بخلاف العكس ، وقد يثبت الفرع ، وإن لم يثبت الأصل ، ولذلك صور :

منها : لو قال شخص : لزيد على عمرو ألف ، وأنا ضامن به فأنكر عمرو ، ففى مطالبة الضامن وجهان أصحهما : نعم ؛

ومنها : ادعى الزوج الخلع ، وأنكرت : ثبتت البينونة ، وإن لم يثبت المال الذى هو الأصل .

ومنها قال : بعت عبدى من زيد ، وأعتقه زيد : فأنكر زيد ، أوقال : بعته من نفسه فأنكر العبد عتق فيهما ، ولم يثبت العوض ؛

ومنها : قال أحد الابنين فلانة بنت أبينا ، وأنكر الآخر ففى حلها للمقر وجهان . والمجزوم به فى النهاية : التحريم ، وهو المعمول به ، فقد ثبت الفرع دون الأصل :

ومنها : قال لزوجته أنت أختى من النسب ، وهى معروفة النسب من غير أبيه ففى تحريمها عليه وجهان ، أو مجهولة النسب ، وكذبته : انفسخ نكاحها فى الأصح .

ومنها : ادعت زوجية رجل ، فأنكر ، ففى تحريم النكاح عليها وجهان .

ومنها : ادعت الإصابة ، قبل الطلاق ، وأنكر ، ففى وجوب العدة عليها وجهان ؛ الأصح : نعم ؛

الثـالثة

التابع لا يتقدم على المتبوع

ومن فروعه :

للمزارعة على البياض بين النخل والعنب جائزة تبعا لها بشروط .

منها : أن يتقدم لفظ المساقاة . فلو قدم لفظ المزارعة ، فقال : زارعتك على البياض ، وساقيتك على النخل على كذا ، لم يصح ، لأن التابع لايتقدم على المتبوع .

ومنها : لو باع بشرط الرهن فقدم لفظ الرهن على البيع ، لم يصح .

ومنها : لايصح تقدم المأموم على إمامه فى الموقف : ولا فى تكبيرة الإحرام والسلام ولا فى سائر الأفعال فى وجه :

ومنها : لو كان بينه وبين الإمام شخص يحصل به الاتصال ، ولولا هو لم تصح قدوته لم يصح أن يحرم قبله ، لأنه تابع له ، كما أنه تابع لإمامه ، ذكره القاضى حسين :

ومنها : ذكر القاضى أيضا أنه لو حضر الجمعة من لاتنعقد به ، كالمسافر والعبد والمرأة لم يصح إحرامهم بها إلا بعد إحرام أربعين من أهل الكمال لأنهم تبع لهم كما فى أهل الكمال مع الإمام .

الرابعة

يغتفر فى التوابع مالا يغتفر فى غيرها

وقريب منها : يغتفر فى الشيء ضمنا مالا يغتفر فيه قصدا ؛

وربما يقال : يغتفر فى الثوانى مالا يغتفر فى الأوائل :

وقد يقال : أوائل العقود تؤكد بما لايؤكد به أواخرها .

والعبارة الأولى أحسن وأعم ؛

ومن فروعها :

سجود التلاوة فى الصلاة ، يجوز على الراحلة قطعا تبعا ، وجرى فيه خارجها خلاف لاستقلاله .

ومنها : المستعمل فى الوضوء ، لايستعمل فى الجنابة اتفاقا ، ويستتبع غسل الجنابة الوضوء على الأصح ، ويندرج فيه الترتيب والمسح .

ومنها : المستعمل فى الحدث ، لايستعمل فى الخبث ، وعكسه على الأصح .

ولو كان على محل نجاسة فغسله عنها وعن الحدث طهرا فى الأصح ؛

ومنها : لايثبت شوال إلا بشهادة اثنين قطعا :

ولو صاموا بشهادة واحد ثلاثين يوما ولم يروا الهلال ، أفطروا فى الأصح لحصوله ضمنا وتبعا ؛

ومنها : لايثبت النسب بشهادة النساء . فلو شهدن بالولادة على الفراش ثبت النسب تبعا :

ومنها : البيع الضمنى ، يغتفر فيه ترك الإيجاب والقبول . ولا يغتفر ذلك فى البيع المستقل ؛

ومنها : الصور التي يصح فيها ملك الكافر المسلم ، لكونه تبعا له ولا يصح استقلالا وستأتى فى الكتاب الخامس :

ومنها : لايصح بيع الزرع الأخضر إلا بشرط القطع : فان باعه مع الأرض جاز تبعا

ومنها : لايجوز تعليق الإبراء ولو علق عتق المكاتب جاز وإن كان متضمنا للإبراء .

ومنها : لايجوز تعليق الاختيار ، وله تعليق طلاق أربع منهن مثلا ، فيقع الاختيار معلقا ضمنا ، فان الطلاق اختيار للمطلقة .

ومنها : الوقف على نفسه ، لايصح :

ولو وقف على الفقراء ، ثم صار منهم استحق فى الأصح تبعا :

القاعدة الخامسة

تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة

هذه القاعدة نص عليها الشافعى وقال «منزلة الامام من الرعية منزلة الولى من اليتيم» .

قلت : وأصل ذلك : ماأخرجه سعيد بن منصور فى سننه : قال حدثنا أبو الأحوص عن أبى إسحاق ، عن البراء بن عازب قال : قال عمر رضى الله عنه « إنى أنزلت نفسى من مال الله بمنزلة والى اليتيم ، إن احتجت أخذت منه فاذا أيسرت رددته فان استغنيت استعففت » :

ومن فروع ذلك :

أنه إذا قسم الزكاة على الأصناف يحرم عليه التفضيل ، مع تساوى الحاجات :

ومنها : إذا أراد إسقاط بعض الجند من الديوان بسبب : جاز ، وبغير سبب لايجوز حكاه فى الروضة :

ومنها : ماذكره الماوردى : أنه لايجوز لأحد من ولاة الأمور أن ينصب إماما للصلوات فاسقا ، وإن صححنا الصلاة خلفه ؛ لأنها مكروهة . وولى الأمر مأمور بمراعاة المصلحة ، ولامصلحة فى حمل الناس على فعل المكروه :

ومنها : أنه إذا تخير فى الأسرى بين القتل ، والرق ، والمن والفداء ، لم يكن له ذلك بالتشهى بل بالمصلحة : حتى إذا لم يظهر وجه المصلحة يحبسهم إلى أن يظهر .

ومنها : أنه ليس له العفو عن القصاص مجانا ، لأنه خلاف المصلحة ، بل إن رأى المصلحة فى القصاص اقتص ، أو فى الدية أخذها .

ومنها : أنه ليس له أن يزوج امرأة بغير كفء ، وإن رضيت ، لأن حق الكفاءة للمسلمين ، وهو كالنائب عنهم ، فلا يقدر على إسقاطه :

ومنها : أنه لايجيز وصية من لاوارث له بأكثر من الثلث :

ومنها : أنه لايجوز له أن يقدم فى مال بيت المال غير الأحوج على الأحوج .

قال السبكى فى فتاويه . فلو لم يكن إمام ، فهل لغير الأحوج أن يتقدم بنفسه فيما بينه وبين الله تعالى ، إذا قدر على ذلك ، ملت إلى أنه لايجوز .

واستنبطت ذلك من حديث «إنما أنا قاسم ، والله المعطى» .

قال : ووجه الدلالة : أن التمليك والاعطاء إنما هو من الله تعالى لامن الامام ، فليس للإمام أن يملك أحدا إلا ماملكه الله : وإنما وظيفة الامام القسمة : والقسمة لابد أن تكون بالعدل :

ومن العدل : تقديم الأحوج والتسوية بين متساوى الحاجات : فاذا قسم بينهما ودفعه إليهما ، علمنا أن الله ملكهما قبل الدفع : وأن القسمة إنما هى معينة لما كان مبهما ، كما هو بين الشريكين ، فاذا لم يكن إمام وبدر أحدهما واستأثر به ، كان كما لو استأثر بعض الشركاء بالماء المشترك ، ليس له ذلك :

قال : ونظير ذلك ماذكره الماوردى فى باب التيمم : أنه لو ورد اثنان على ماء مباح وأحدهما أحوج ، فبدر الآخر وأخذ منه : أنه يكون مسيئا :

ومنها : وقع بعد السبعمائة ببلاد الصعيد ، أن عبدا انتهى الملك فيه لبيت المال فاشترى نفسه من وكيل بيت المال : فأفتى جلال الدين الدشناوى بالصحة ، فرفعت الواقعة إلى القاضى شمس الدين الأصبهانى فقال : لايصح ، لأنه عقد عتاقة ، وليس لوكيل بيت المال أن يعتق عبد بيت المال :

قال ابن السبكى فى التوشيح : والصواب ماأفتى به الدشناوى ، فان هذا العتق إنما وقع بعوض ، فلا تضييع فيه على بيت المال .

القاعدة السادسة

الحدود : تسقط بالشبهات

قال صلى الله عليه وسلم «ادرءوا الحدود بالشبهات» أخرجه ابن عدى ، فى جزء له من حديث ابن عباس .

وأخرج ابن ماجه من حديث أبى هريرة «ادفعوا الحدود مااستطعتم» :

وأخرج الترمذى والحاكم والبيهقى وغيرهم من حديث عائشة « ادرءوا الحدود عن المسلمين مااستطعتم ، فان وجدتم للمسلم مخرجا ، فخلوا سبيله ، فان الامام لأن يخطئ فى العفو خير من أن يخطئ فى العقوبة» .

وأخرجه البيهقى عن عمر ، وعقبة بن عامر ، ومعاذ بن جبل موقوفا :

وأخرج من حديث على مرفوعا « ادرءوا الحدود» فقط .

وقال مسدد فى مسنده : حدثنا يحيى القطان ، عن شعبة ، عن عاصم ، عن أبى وائل

عن ابن مسعود : قال «ادرءوا الحدود بالشبهة» وهو موقوف ، حسن الاسناد :
وأخرج الطبرانى عنه موقوفا « ادرءوا الحدود ، والقتل عن عباد الله ما استطعتم » :

الشبهة تسقط الحد

سواء كانت فى الفاعل ، كمن وطئ امرأة ظنها حليلته أو فى المحل ، بأن يكون للواطئ فيها ملك أو شبهة : كالأمة المشتركة ، والمكاتبة : وأمة ولده ومملوكته المحرم أو فى الطريق بأن يكون حلالا عند قوم ، حراما عند آخرين ، كنكاح المتعة ، والنكاح بلا ولى أو بلا شهود ، وكل نكاح مختلف فيه ، وشرب الخمر للتداوى: وإن كان الأصح تحريمه ، لشبهة الخلاف:

وكذا يسقط الحد بقذف من شهد أربعة بزناها ، وأربع أنها عذراء ، لاحتمال صدق بينة الزنا ، وأنها عذراء لم تزل بكارتها بالزنا : وسقط عنها الحد لشبهة الشهادة بالبكارة :

ولا قطع بسرقة مال أصله ، وفرعه وسيده ، وأصل سيده وفرعه ، لشبهة استحقاق النفقة وسرقة ما ظنه ملكه ، أو ملك أبيه أو ابنه .

ولو ادعى كون المسروق ملكه : سقط القطع ، نص عليه للشبهة : وهو اللص الظريف

ونظيره : أن يزنى بمن لا يعرف أنها زوجته : فيدعى أنها زوجته ، فلا حد :

ولا يقتل فاقد الطهورين بترك الصلاة متعمدا ، لأنه مختلف فيه : وكذا من مس أولمس وصلى متعمدا وهو شافعى ، أو توضأ ولم ينو . ذكره القفال فى فتاويه .

ويسقط القصاص أيضا بالشبهة .

فلو قد ملفوفا وزعم موته : صدق الولى ولكن تجب الدية دون القصاص للشبهة :

ولو قتل الحر المسلم : من لا يدرى ، أمسلم أو كافر ؟ وحر أو عبد ؟ فلا قصاص : للشبهة نقله فى أصل الروضة ، عن البحر .

تنبيه

الشبهة : لا تسقط التعزير ، وتسقط الكفارة

فلو جامع ناسيا فى الصوم أو الحج ، فلا كفارة للشبهة :

وكذا لو وطئ على ظن أن الشمس غربت ، أو أن الليل باق ، وبان خلافه ، فانه يفطر ، ولا كفارة :

قال القفال : ولا تسقط الفدية بالشبهة ، لأنها تضمنت غرامة بخلاف الكفارة فانها تضمنت عقوبة : فالتحقت فى الاسقاط بالحد ، وتسقط الاثم والتحريم ، إن كانت فى الفاعل دون المحل:

تنبيـــه

شرط الشبهة : أن تكون قوية ، وإلا فلا أثر لها

ولهذا يحد بوطء أمة أباحها السيد ، ولا يراعى خلاف عطاء فى إباحة الجوارى للوطء وفى سرقة مباح الأصل ، كالحطب ونحوه ؛ وفى القذف على صورة الشهادة .

ولو قتل مسلم ذميا ، فقتله ولى الذمى : قتل به وإن كان موافقا لرأى أبى حنيفة ؛
ومن شرب النبيذ يحد ، ولا يراعى خلاف أبى حنيفة .

القاعدة السابعة

الحر : لايدخل تحت اليد

ولهذا : لو حبس حرا ، ولم يمنعه الطعام حتى مات حتف أنفه ، أو بانهدام حائط ونحوه ، لم يضمنه ؛

ولو كان عبدا ضمنه ، ولا يضمن منافعه ؛ مادام فى حبسه ، إذا لم يستوفها ويضمن منافع العبد ؛

ولو وطىء حرة بشبهة فأحبلها ، وماتت بالولادة : لم تجب ديتها فى الأصح ؛
ولو كانت أمة وجب القيمة .

ولو طاوعته حرة على الزنا ، فلا مهر لها بالاجماع ؛
ولو طاوعته أمة : فلها المهر ، فى رأى لأن الحق للسيد ، فلا يؤثر إسقاطها ، وإن كان الأصح خلافه ؛

ولو نام عبد على بعير فقاده ، وأخرجه عن القافلة ، قطع ، أو حر فلا فى الأصح ؛
ولو وضع صبيا حرا فى مسبعة ، فأكله السبع ؛ فلا ضمان فى الأصح ، بخلاف ما لو كان عبدا

ولو كانت امرأة تحت رجل وادعى أنها زوجته ، فالصحيح أن هذه الدعوى عليها ، لا على الرجل ، لأن الحرة لا تدخل تحت اليد ؛

ولو أقام كل بينة : أنها زوجته ، لم تقدم بينة من هى تحته ، لما ذكرنا ، بل لو أقاما بينتين على خلية ، سقطتا ؛

ولو كان فى يد المدبر مال ، فقال : كسبته بعد موت السيد فهو لى ، وقال الوارث : بل قبله فهو لى ؛ صدق المدبر بيمينه لأن اليد له بخلاف دعواها الولد ، لأنها تزعم أنه حر والحر لايدخل تحت اليد ، وثياب الحر وما فى يده من المال لايدخل فى ضمان الغاصب لأنها فى يد الحر حقيقة ، وكذا لو كان صغيرا أو مجنونا على الأصح ؛

القاعدة الثامنة

الحريم له حكم ماهو حريم له

الأصل فى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم « الحلال بين والحرام بين وبينهما مشتبهات لايعلمهن كثير من الناس فمن اتقى الشبهات ، فقد استبرأ لدينه وعرضه ، ومن وقع فى الشبهات وقع فى الحرام ، كالراعى يرعى حول الحمى ، يوشك أن يرتع فيه» الحديث ، أخرجه الشيخان :

قال الزركشى : الحريم يدخل فى الواجب ، والحرام والمكروه وكل محرم له حريم يحيط به ، والحريم: هو المحيط بالحرام ، كالفخذين فانهما حريم للغورة الكبرى :

وحريم الواجب : مالا يتم الواجب إلا به :

ومن ثم وجب غسل جزء من الرقبة والرأس مع الوجه ليتحقق غسله وغسل جزء من العضد ، والساق مع الذراع وستر جزء من السرة والركبة مع العورة ، وجزء من الوجه مع الرأس للمرأة ، وحرم الاستمتاع بما بين السرة والركبة فى الحيض لحرمة الفرج .

ضابط

كل محرم فحريمه حرام إلا صورة واحدة ، لم أر من تفطن لاستثنائها ، وهى دبر الزوجة ، فانه حرام ، وصرحوا بجواز التلذذ بحريمه ، وهو مابين الأليتين :

فصل

ويدخل فى هذه القاعدة حريم المعمور ، فهو مملوك لمالك المعمور فى الأصح ولا يملك بالاحياء قطعا :

وحريم المسجد ، فحكمه حكم المسجد ، ولايجوز الجلوس فيه للبيع ولا للجنب ، ويجوز الاقتداء فيه بمن فى المسجد ، والاعتكاف فيه :

وضابط حريم المعمور : تعرضوا له فى باب إحياء الموات .

وأما رحبة المسجد فقال فى شرح المهذب ، قال صاحب الشامل والبيان : هى ما كان مضافا إلى المسجد ، وعبارة المحاملى : هى المتصلة به خارجه .

قال النووى : وهو الصحيح خلافا لقول ابن الصلاح إنها صحنه وقال البندنيجى : هى البناء المبنى بجواره متصلا به ، وقال القاضى أبو الطيب : هو ماحواليه ، وقال الرافعى الأكثرون على عد الرحبة منه ؛ ولم يفرقوا بين أن يكون بينها وبين المسجد طريق أم لا ، وهو المذهب ؛ وقال ابن كج: إن انفصلت عنه فلا .

القاعدة التاسعة

إذا اجتمع أمران من جنس واحد ، ولم يختلف مقصودهما ، دخل أحدهما فى الآخر غالبا :

فمن فروع ذلك .

إذا اجتمع حدث وجنابة ، كفى الغسل على المذهب : كما لو اجتمع جنابة وحيض :

ولو باشر المحرم فيما دون الفرج ، لزمته الفدية :

فلو جامع دخلت فى الكفارة على الأصح ، بناء على تداخل الحدث فى الجنابة :

ولو اجتمع حدث ونجاسة حكمية كفت لهما غسلة واحدة فى الأصح ، عند النووى :

ولوجامع بلا حائل ، فعن المسعودى : أنه لايوجب غير الجنابة واللمس : الذى يتضمنه يصير مغمورا به كخروج الخارج الذى يتضمنه الإنزال .

والأكثرون قالوا : يحصل الحدثان ، لأن اللمس يسبق حقيقة الجماع بخلاف الخروج فانه مع الإنزال :

ولو دخل المسجد وصلى الفرض دخلت فيه التحية :

ولو دخل الحرم محرما ، بحج فرض أو عمرة ، دخل فيه الإحرام لدخول مكة :

ولو طاف القادم عن فرض أو نذر ، دخل فيه طواف القدوم ، بخلاف ما لو طاف الإفاضة لايدخل فيه طواف الوداع : لأن كلا منهما مقصود فى نفسه ، ومقصودهما مختلف وبخلاف ما لو دخل المسجد الحرام ، فوجدهم يصلون جماعة فصلاها ، فانه لايحصل له تحية البيت ، وهو الطواف ، لأنه ليس من جنس الصلاة .

ولو صلى : عقيب الطواف فريضة ، حسبت عن ركعتى الطواف ؛ اعتبارا بتحية المسجد ؛ نص عليه فى القديم ، وليس فى الجديد ما يخالفه : وقال النووى : إنه المذهب :

ولو تعدد السهو فى الصلاة : لم يتعدد السجود بخلاف جبرانات الإحرام ، لاتتداخل لأن القصد بسجود السهو رغم أنف الشيطان : وقد حصل بالسجدتين آخر الصلاة .

والمقصود بجبرانات الإحرام : جبر هتك الحرمة ، فلكل هتك جبر فاختلف المقصود

ولو زنا بكر ، أو شرب خمرا ، أو سرق مرارا . كفى حد واحد :

قال الرافعى : وهل يقال وجب لها حدود ، ثم عادت إلى حد واحد ، أو لم يجب إلا حد واحد ؛ وجعلت الزنيات كالحركات فى زنية واحدة ؟ ذكروا فيه احتمالين :

ولو زنا أوشرب ، فأقيم عليه بعض الحد : فعاد إلى الجريمة ، دخل الباقى فى الحد الثانى .

وكذا لو زنا فى مدة التغريب : غرب ثانيا ودخلت فيه بقية المدة :

ولو قذفه مرات : كفى حد واحد أيضا فى الأصح :

ولو زنا وهو بكر ، ثم زنا وهو ثيب : فهل يكتفى بالرجم ؟ وجهان فى أصل الروضة

بلا ترجيح ؛ وجه المنع : اختلاف جنسهما ؛ لكن صحح البارزى فى التمييز ؛ التداخل . بخلاف مالو سرق ، وزنى ، وشرب وارتد : فلا تداخل لاختلاف الجنس .

ولو سرق وقتل فى المحاربة : فهل يقطع ، ثم يقتل ، أو يقتصر على القتل والصلب ؛ ويندرج حد السرقة فى حد المحاربة ؟ وجهان ، فى الروضة بلا ترجيح ؛

ولو وطئ فى نهار رمضان مرتين ، لم تلزمه بالثانى كفارة ، لأنه لم يصادف صوما ؛ بخلاف مالو وطئ فى الإحرام ثانيا ، فان عليه شاة . ولا تدخل فى الكفارة لمصادفته إحراما لم يحل منه ؛

ولو لبس ثوبا مطيبا ، فرجح الرافعى لزوم فديتين . وصحح النووى واحدة لاتحاد الفعل وتبعية الطيب .

ولو قتل المحرم صيدا فى الحرم . لزمه جزاء واحد ، وتداخلت الحرمتان فى حقه لأنهما من جنس واحد ، كالقارن إذا قتل صيدا ، لزمه جزاء واحد ، وإن كان قد هتك به حرمة الحج والعمرة .

ولو أحرم المتمتع بالعمرة ، فجرح صيدا ثم أحرم بالحج ، فجرحه جرحا آخر ، ثم مات . فهل يلزمه جزاءان ؟ .

قال الشيخ أبو إسحاق فى الملخص : هذه المسألة لا يعرف فيها نقل .

فلو كشط جلدة الرأس ، فلا فدية ، والشعر تابع ؛

قال الرافعى : وشبهوه بما لو أرضعت أم الزوج زوجته . يجب المهر ، ولو قتلها لم يجب .

ولو تكرر الوطء بشبهة واحدة ، تداخل المهر بخلاف ما إذا تعدد جنس الشبهة ؛

ولو وطئ بشبهة بكرا وجب أرش البكارة ولا تداخل لاختلاف الجنس والمقصود فان أرش البكارة يجب إيلا ؛ والمهر : نقدا ، والأرش : للجناية ؛ والمهر للاستمتاع .

ولو قطع كامل الأصابع يدا ناقصة إصبعا ؛ فان لقط أصابعه الأربعة ، فله حكومة أربعة أخماس الكف ولا يتداخل ، لأنها ليست من جنس القصاص وله حكومة خمس الكف أيضا ، وإن أخذ دية الأصابع الأربع ، فلا حكومة لمنابتها من الكف ، لأنها من جنس الدية فدخلت فيها ، وله حكومة خمس الكف لاختلاف الجهة ؛

ولو أزال أطرافا ولطائف ، ثم مات سراية ، أو حز : دخلت فى دية النفس ؛

ولو كان أحد الفعلين عمدا والآخر خطأ ؛ فلا تداخل للاختلاف فان دية العمد مثلثة حالة على الجانى ، ودية الخطأ مخمسة ، مؤجلة على العاقلة .

ولو قطع الأجفان وعليها أهداب ، دخلت حكومتها فى ديتها ، وكذا تدخل حكومة الشعر فى دية الموضحة ، والشارب فى دية الشفة . والأظفار والكف : فى دية الأصابع .

والسنخ في دية السن ، والذكر في دية الحشفة ، والثدى : في دية الحلمة ، على الأصح ، في الكل .

وكذا حكومة قصبة الأنف في دية المارن ، على ماقاله الإمام إنه الظاهر وصححه في أصل الروضة ، وقال في المهمات : الفتوى على خلافه .

ولا يدخل أرش الجرح في دية العقل ، ولا الأسنان : في اللحيين . ولا الموضحة : في الأذنين ، ولا حكومة جرح الصدر في دية الثدى ، ولا العانة في دية الذكر ، والشفرين لاختلاف محل الجناية فيها .

ولو لزمها عدتا شخص من جنس ، بأن طلق ، ثم وطئ في العدة . تداخلتا . بخلاف ما إذا كانتا لشخصين ، بأن وطىء غيره بشبهة ، فلا تداخل .

ولو كانتا لواحد ، واختلف الجنس ، بأن كانت الأولى بغير الحمل ، والثانية به ، فوجهان ، أصحهما : التداخل : وقيل : لا ، لاختلاف الجنس .

والوجهان مبنيان على أن التداخل في العدد هل هو سقوط الأولى ، والاكتفاء بالثانى أو انضمام الأولى للثانى ، فيؤديان بانقضاء مدة واحدة ؟ ، وفيه وجهان ، فعلى الأول : يتداخل ، وعلى الثانى : لا .

وقد علمت ماأوردناه من الفروع ، مع احترازنا عنه بقولنا «من جنس واحد» وبقولنا «ولم يختلف مقصودهما» وبقولنا «غالبا» .

القاعدة العاشرة

إعمال الكلام أولى من إهماله

من فروعه :

مالو أوصى بطبل ، وله طبل لهو ، وطبل حرب ، صح ، وحمل على الجائز ، نص عليه .

وألحق به القاضى حسين : مالو كان له زق خمر ، وزق خل ، فأوصى بأحدهما ، صح ، وحمل على الخل .

ومنها : لو قال لزوجته ، وحمار : أحدكما طالق ، فإنها تطلق ، بخلاف مالو قال ذلك لها ، ولأجنبية ، وقصد الأجنبية ، يقبل في الأصح ، لكون الأجنبية من حيث الجملة قابلة .

ومنها : لو وقف على أولاده ، وليس له إلا أولاد أولاد . حمل عليهم ، كما جزم به الرافعى . لتعذر الحقيقة ، وصونا للفظ عن الإهمال .

ونظيره : مالو قال : زوجاتى طوالق ، وليس له إلا رجعيات ، طلقن قطعا ، وإن كان في دخول الرجعية في ذلك مع الزوجات خلاف .

ومنها : قال لزوجته : إن دخلت الدارانت طالق ، بحذف الفاء ، فإن الطلاق لا يقع قبل الدخول ؛ صونا للفظ عن الإهمال .

وقال محمد بن الحسن ، صاحب أبي حنيفة : يقع ، لعدم صلاحية اللفظ للجزاء ، بسبب عدم الفاء ، فحمل على الاستئناف ؛ ونقل الرافعي : عدم الوقوع عن جماعة ، ثم نقل عن البوشنجي : أنه يسأل ، فإن قال : أردت التنجيز ، حكم به .

قال الأسنوي : وما قاله البوشنجي لا إشكال فيه ، إلا أنه يشعر بوجوب سؤاله .

ومنها : قال لزوجته في مصر : أنت طالق في مكة ، ففي الرافعي ، عن البويطي : أنها تطلق في الحال ، وتبعه في الروضة .

قال الأسنوي : وسببه : أن المطلقة في بلد مطلقة في باقي البلاد ؛

قال : لكن رأيت في طبقات العبادي ، عن البويطي : أنها لا تطلق ، حتى تدخل مكة ؛

قال : وهو متجه ، فإن حمل الكلام على فائدة أولى من إلغائه ؛

قال : وقد ذكر الرافعي قبل ذلك بقليل ، عن إسماعيل البوشنجي مثله ، وأقره عليه.

ومنها : وقع في فتاوى السبكي : أن رجلا وقف عليه، ثم على أولاده ، ثم على أولادهم ونسله ، وعقبه ، ذكرا وأنثى «للذكر مثل حظ الأنثيين » على أن من توفى منهم عن ولد أو نسل ، عاد ما كان جاريا عليه من ذلك على ولده ، ثم على ولد ولده ، ثم على نسله على الفريضة ، وعلى أن من توفى من غير نسل ، عاد ما كان جاريا عليه ؛ على من في درجته ، من أهل الوقف المذكور ، يقدم الأقرب إليه فالأقرب ، ويستوى الأخ الشقيق والأخ من الأب . ومن مات من أهل الوقف قبل استحقاقه لشيء من منافع الوقف ، وترك ولدا ، أو أسفل منه استحق ما كان يستحقه المتوفى ، لو بقي حيا إلى أن يصير إليه شيء من منافع الوقف المذكور ، وقام في الاستحقاق مقام المتوفى ؛ فاذا انقرضوا ، فعلى الفقراء ؛

وتوفى الموقوف عليه وانتقل الوقف إلى ولديه : أحمد ، وعبد القادر ، ثم توفى عبد القادر ، وترك ثلاثة أولاد ، هم علي ، وعمر ، ولطيفة ، وولدى ابنه محمد، المتوفى في حياة والده . وهما: عبد الرحمن ، وملكة ؛

ثم توفى عمر من غير نسل ، ثم توفيت لطيفة ، وتركت بنتا : تسمى فاطمة ، ثم توفى علي وترك بنتا تسمى : زينب ، ثم توفيت فاطمة بنت لطيفة عن غير نسل. فإلى من ينتقل نصيب فاطمة المذكورة؟

فأجاب : الذي يظهر لي الآن أن نصيب عبد القادر جميعه ، يقسم هذا الوقف على ستين جزءا لعبد الرحمن : منه اثنان وعشرون ، ولملكة : أحد عشر ، ولزينب :

سبعة وعشرون ، ولا يستمر هذا الحكم فى أعقابهما ، بل كل وقت بحسبه »

قال : وبيان ذلك : أن عبد القادر لما توفى انتقل نصيبه إلى أولاده الثلاثة وهم : عمر وعلى ولطيفة : « للذكر مثل حظ الأنثيين » : لعلى : خمساه ، ولعمر : خمساه ، وللطيفة خمسه ، هذا هو الظاهر عندنا :

ويحتمل أن يقال : يشاركهم عبد الرحمن ، وملكة ، ولدا محمد المتوفى فى حياة أبيه ، ونزلا منزلة أبيهما ، فيكون لهما : السبعان : ولعلى : السبعان . ولعمر السبعان ، وللطيفة : سبع .

وهذا وإن كان محتملا ، فهو مرجوح عندنا : لأن الممكن فى مأخذه ثلاثة أمور :

أحدها : أن مقصود الواقف : أن لا يحرم أحد من ذريته ، وهذا ضعيف لأن المقاصد إذا لم يدل عليها اللفظ ، لا يعتبر :

الثانى : إدخالهم فى الحكم ، وجعل الترتيب بين كل أصل وفرعه ، لا بين الطبقتين جميعا : وهذا محتمل ، لكنه خلاف الظاهر .

وقد كنت ملت إليه مرة فى وقف ، للفظ اقتضاه فيه ، لست أعمه فى كل ترتيب .

الثالث : الاستناد إلى قول الواقف «إن مات من أهل الوقف قبل استحقاقه لشىء ، قام ولده مقامه » وهذا أقوى : لكنه إنما يتم لو صدق على المتوفى فى حياة والده : أنه من أهل الوقف :

وهذه مسئلة كان قد وقع مثلها فى الشأم قبل التسعين وستمائة ، وطلبوا فيها نقلا : فلم يجدوه ، فأرسلوا إلى الديار المصرية يسألون عنها :

ولا أدرى ما أجابوهم . لكنى رأيت بعد ذلك فى كلام الأصحاب : فيما إذا وقف على أولاده : على أن من مات منهم انتقل نصيبه إلى أولاده : ومن مات ، ولا ولد له ، انتقل إلى الباقين من أهل الوقف ، فمات واحد عن ولد انتقل نصيبه إليه ، فاذا مات آخر عن غير ولد انتقل نصيبه إلى أخيه ، وابن أخيه . لأنه صار من أهل الوقف :

فهذا التعليل يقتضى : أنه إنما صار من أهل الوقف بعد موت والده ، فيقتضى أن ابن عبد القادر ، المتوفى فى حياة والده ، ليس من أهل الوقف ، وأنه إنما يصدق عليه اسم أهل الوقف ، إذا آل إليه الاستحقاق :

قال : ومما يتنبه له ، أن بين «أهل الوقف» و « الموقوف عليه » عموما وخصوصا من وجه . فاذا وقف مثلا على زيد ، ثم عمرو ، ثم أولاده ، فعمرو موقوف عليه فى حياة زيد لأنه معين قصده الواقف بخصوصه ، وسماه وعينه : وليس من أهل الوقف ، حتى يوجد شرط استحقاقه ، وهو موت زيد : وأولاده إذا آل إليهم الاستحقاق : كل واحد منهم من أهل الوقف ، ولا يقال فى كل واحد منهم : إنه موقوف عليه بخصوصه ، لأنه لم

يعينه الواقف ، وإنما الموقوف عليه : جهة الأولاد ، كالفقراء .

قال : فتبين بذلك أن ابن عبد القادر ، والد عبد الرحمن ، لم يكن من أهل الوقف أصلا ، ولا موقوفا عليه ، لأن الواقف لم ينص على اسمه .

قال : وقد يقال : إن المتوفى فى حياة أبيه يستحق أنه لو مات أبوه جرى عليه الوقف فينتقل هذا الاستحقاق إلى أولاده .

قال : وهذا قد كنت فى وقت أبحثه ، ثم رجعت عنه .

فان قلت : قد قال الواقف «إن من مات من أهل الوقف قبل استحقاقه لشىء» فقد سماه من أهل الوقف ، مع عدم استحقاقه ، فيدل على أنه أطلق « أهل الوقف » على من لم يصل إليه الوقف ، فيدخل محمد والد عبد الرحمن ، وملكة فى ذلك ، فيستحقان .

ونحن إنما نرجع فى الأوقاف إلى مايدل عليه لفظ واقفها ، سواء وافق ذلك عرف الفقهاء أم لا .

قلت : لانسلم مخالفة ذلك لما قلناه .

أما أولا فلأنه لم يقل : « قبل استحقاقه » وإنما قال قبل استحقاقه لشىء ، فيجوز أن يكون قد استحق شيئا صار به من أهل الوقف ، ويترقب استحقاقا من آخر فيموت قبله ، فنص الواقف على أن ولده يقوم مقامه فى ذلك الشىء الذى لم يصل إليه .

ولو سلمنا أنه قال : « قبل استحقاقه » فيحتمل أن يقال : إن الموقوف عليه ، أو البطن الذى بعده ، وإن وصل إليه الاستحقاق : أعنى أنه صار من أهل الوقف : قد يتأخر استحقاقه ، إما لأنه مشروط بمدة : كقوله : فى كل سنة كذا ، فيموت فى أثنائها أو ماأشبه ذلك فيصح أن يقال : إن هذا من أهل الوقف ، وإلى الآن مااستحق من الغلة شيئا : إما لعدمها ، أو لعدم شرط الاستحقاق ، بمضى زمان ، أو غيره. فهذا حكم الوقف بعد موت عبد القادر .

فلما توفى عمر عن غير نسل انتقل نصيبه إلى أخويه ، عملا بشرط الواقف لمن فى درجته فيصير نصيب عبد القادر كله بينهما أثلاثا : لعلى : الثلثان ؛ وللطيفة : الثلث . ويستمر حرمان عبد الرحمن وملكة .

فلما ماتت لطيفة ، انتقل نصيبها ، وهو : الثلث إلى بنتها . ولم ينتقل لعبد الرحمن ، وملكة شىء ، لوجود أولاد عبد القادر ، وهم يحجبونهم : لأنهم أولاده ؛ وقد قدمهم على أولاد الأولاد ، الذين هم منهم .

فلما توفى على بن عبد القادر : وخلف بنته زينب : احتمل أن يقال : نصيبه كله ، وهو : ثلثا نصيب عبد القادر لها : عملا بقول الواقف : « من مات منهم عن ولد انتقل نصيبه لولده » : وتبقى هى وبنت عمتها مستوعبتين لنصيب جدهما : لزينب : ثلثاه ؛ ولفاطمة : ثلثه .

واحتمل أن يقال : إن نصيب عبد القادر كله يقسم الآن على أولاده ، عملا بقول الواقف : «ثم على أولاده ثم على أولاد أولاده» فقد أثبت لجميع أولادالأولاد استحقاقا بعد الأولاد ؛ وإنما حجبنا عبد الرحمن وملكة ، وهما من أولاد الأولاد : بالأولاد ؛ فاذا انقرض الأولاد زال الحجب ، فيستحقان ؛ ويقسم نصيب عبد القادر بين جميع أولاد أولاده ؛ فلا يحصل لزينب جميع نصيب أبيها ؛ وينقص ما كان بيد فاطمة ، بنت لطيفة وهذا أمر اقتضاه النزول الحادث بانقراض طبقة الأولاد ، المستفاد من شرط الواقف : أن أولاد الأولاد بعدهم ؛

ولا شك أن فيه مخالفة لظاهر قوله «إن من مات فنصيبه لولده» فان ظاهره يقتضى أن نصيب على لبنته زينب ؛ واستمرار نصيب لطيفة لبنتها فاطمة ؛ فخالفناه بهذا العمل فيهما جميعا ؛ ولو لم نخالف ذلك ، لزمنا مخالفة قول الواقف : «إن بعد الأولاد يكون لأولاد الأولاد» ، وظاهره يشمل الجميع ؛

فهذان الظاهران تعارضا ، وهو تعارض قوى صعب ؛ ليس فى هذا الوقف محز أصعب منه ؛ وليس الترجيح فيه بالهين ؛ بل هو محل نظر الفقيه ؛ وخطر لى فيه طرق :

منها : أن الشرط المقتضى لاستحقاق أولاد الأولاد جميعهم متقدم فى كلام الواقف ، والشرط المقتضى لاخراجهم بقوله «من مات انتقل نصيبه لولده» متأخر ؛ فالعمل بالمتقدم أولى ، لأن هذا ليس من باب النسخ ، حتى يقال : العمل بالمتأخر أولى .

ومنها ؛ أن ترتيب الطبقات أصل ، وذكر انتقال نصيب الوالد إلى ولده : فرع وتفصيل لذلك الأصل ؛ فكان التمسك بالأصل أولى ؛

ومنها : أن «من» صيغة عامة ، فقوله «من مات وله ولد» صالح لكل فرد منهم ، ولمجموعهم ، وإذا أريد مجموعهم ، كان انتقال نصيب مجموعهم إلى مجموع الأولاد ، من مقتضيات هذا الشرط ؛ فكان إعمالا له من وجه ، مع إعمال الأول ، وإن لم نعمل بذلك كان إلغاء للأول ، من كل وجه وهو مرجوح ؛

ومنها : إذا تعارض الأمر بين إعطاء بعض الذرية وحرمانهم ؛ تعارضا لا ترجيح فيه فالاعطاء أولى ؛ لأنه لاشك أقرب إلى غرض الواقفين ؛

ومنها : أن استحقاق زينب لأقل الأمرين ؛ وهو الذى يخصها إذا شرك بينها وبين بقية أولاد الأولاد : محقق . وكذا فاطمة ، والزائد على المحقق فى حقها ؛ مشكوك فيه ، ومشكوك فى استحقاق عبد الرحمن ، وملكة له ؛ فاذا لم يحصل ترجيح فى التعارض بين اللفظين ، يقسم بينهم ؛ فيقسم بين عبد الرحمن ، وملكة ، وزينب ، وفاطمة ؛

وهل يقسم للذكر مثل حظ الأنثيين ، فيكون لعبد الرحمن ؛ خمساه ؛ ولكل من الاناث : خمسه ، نظرا إليهم ، دون أصولهم ، أو ينظر إلى أصولهم ، فينزلون منزلتهم

لو كانوا موجودين ، فيكون لفاطمة : خمسه ، ولزينب : خمساه ، ولعبد الرحمن وملكة خمساه ؟ فيه احتمال .

وأنا إلى الثانى أميل ، حتى لايفضل فخذ على فخذ فى المقدار ، بعد ثبوت الاستحقاق .

فلما توفيت فاطمة ، من غير نسل ، والباقون من أهل الوقف : زينب بنت خالها ، وعبد الرحمن وملكة ، ولدا عمها ، وكلهم فى درجتها ، وجب قسم نصيبها بينهم . لعبد الرحمن : نصفه ، وللملكة : ربعه ، ولزينب : ربعه .

ولا نقول هنا : ننظر إلى أصولهم ، لأن الانتقال من مساويهم ، ومن هو فى درجتهم فكان اعتبارهم بأنفسهم أولى . فاجتمع لعبد الرحمن ، وملكة : الخمسان ، حصلا لهما بموت على . ونصف وربع الخمس ، الذى لفاطمة ، بينهما بالفريضة . فلعبد الرحمن خمس ، ونصف خمس ، وثلث خمس . وللملكة : ثلثا خمس . وربع خمس . واجتمع لزينب : الخمسان بموت والدها ، وربع خمس فاطمة ، فاحتجنا إلى عدد يكون له خمس . ولخمسه ثلث وربع . وهو ستون . فقسمنا نصيب عبد القادر عليه . لزينب خمساه وربع خمسه . وهو سبعة وعشرون ولعبد الرحمن : اثنان وعشرون . وهى خمس ونصف خمس وثلث خمس . وللملكة : إحدى عشر وهى ثلثا خمس وربع خمس .

فهذا ماظهر لى ، ولا أشتهى أحدا من الفقهاء يقلدنى . بل ينظر لنفسه ، انتهى كلام السبكى .

قلت : الذى يظهر لى اختياره أولا ، دخول عبد الرحمن وملكة ، بعد موت عبد القادر . عملا بقوله «ومن مات من أهل الوقف الخ» .

وما ذكره السبكى : من أنه لايطلق عليه أنه من أهل الوقف : ممنوع . وما ذكره فى تأويل قوله «قبل استحقاقه» خلاف الظاهر من اللفظ . وخلاف المتبادر إلى الأفهام .

بل صريح كلام الواقف : أنه أراد بأهل الوقف : الذى مات قبل استحقاقه ، لاالذى لم يدخل فى الاستحقاق بالكلية . ولكنه بصدد أن يصل إليه . وقوله « لشىء من منافع الوقف » دليل قوى لذلك ، فانه نكرة فى سياق الشرط . وفى سياق كلام معناه النفى . فيعم . لأن المعنى لم يستحق شيئا من منافع الوقف . وهذا صريح فى رد التأويل الذى قاله .

ويؤيده أيضا ، قوله : «واستحق ماكان يستحقه المتوفى ، لو بقى حيا إلى أن يصير إليه شىء من منافع الوقف» فهذه الألفاظ كلها صريحة فى أنه مات قبل الاستحقاق .

وأيضا : لو كان المراد ماقاله السبكى ، لاستغنى عنه بقوله أولا «على أن من مات عن

ولد عاد ماكان جاريا عليه على ولده » فانه يغني عنه : ولا ينافي هذا اشتراطه الترتيب في الطبقات بثم ، لأن ذاك عام ، خصصه هذا : كما خصصه أيضا قوله « على أن من مات عن ولد » إلى آخره :

وأيضا : فانا إذا عملنا بعموم اشتراط الترتيب لزم منه إلغاء هذا الكلام بالكلية ، وأن لا يعمل في صورة : لأنه على هذا التقدير : إنما استحق عبد الرحمن وملكة لما استووا في الدرجة ، أخذا من قوله « عاد على من في درجته » فبقي قوله « ومن مات قبل استحقاقه الخ » مهملا لا يظهر أثره في صورة : بخلاف ما إذا أعملناه ، وخصصنا به عموم الترتيب : فإن فيه إعمالا للكلامين ، وجمعا بينهما وهذا أمر ينبغي أن يقطع به :

وحينئذ ، فنقول : لما مات عبد القادر قسم نصيبه بين أولاده الثلاثة ، وولدي ولده أسباعا : لعبد الرحمن ، وملكة : السبعان أثلاثا . فلما مات عمر ، عن غير نسل ، انتقل نصيبه إلى أخويه وولدي أخيه ، فيصير نصيب عبد القادر كلهم بينهم . لعلي : خمسان وللطيفة : خمس ، ولعبد الرحمن وملكة خمسان ، أثلاثا . ولما توفيت لطيفة انتقل نصيبها بكماله لبنتها فاطمة . ولما مات على انتقل نصيبه بكماله لبنته زينب . ولما توفيت فاطمة بنت لطيفة ، والباقون في درجتها ، زينب وعبد الرحمن وملكة : قسم نصيبها بينهم « للذكر مثل حظ الأنثيين » اعتبارا بهم ، لا بأصولهم : لما ذكر السبكي : لعبد الرحمن : نصف ولكل بنت ربع ، فاجتمع لعبد الرحمن بموت عمر : خمس وثلث ، وبموت فاطمة : نصف خمس : وللملكة ، بموت عمر : ثلثا خمس ، وبموت فاطمة : ربع خمس : ولزينب بموت علي : خمسان ، وبموت فاطمة : ربع خمس . فيقسم نصيب عبد القادر ستين جزءا : لزينب : سبعة وعشرون ، وهي خمسان وربع خمس ، ولعبد الرحمن : اثنان وعشرون ، وهي خمس ونصف وثلث : وللملكة : أحد عشر ، وهي ثلثا خمس وربع .

فصحت ما قاله السبكي ، لكن الفرق تقدم استحقاق عبد الرحمن ، وملكة . والجزم حينئذ بصحة هذه القسمة ، والسبكي تردد فيها ، وجعلها من باب قسمة المشكوك في استحقاقه ونحن لا نتردد في ذلك :

ومثل السبكي أيضا : عن رجل وقف على حمزة ، ثم أولاده ، ثم أولادهم : وشرط أن من مات من أولاده انتقل نصيبه للمستحقين من إخوته ومن مات قبل استحقاقه لشيء من منافع الوقف ، وله ولد ، استحق ولده ما كان يستحقه المتوفى ، لو كان حيا :

فمات حمزة ، وخلف ولدين ، وهما عماد الدين ، وخديجة . وولد ولد ، مات أبوه في حياة والده ، وهو : نجم الدين بن مؤيد الدين بن حمزة ، فأخذ الولدان نصيبهما : وولد الولد : النصيب الذي لو كان أبوه حيا لأخذه ، ثم ماتت خديجة ، فهل يختص أخوها بالباقي ، أو يشاركه ولد أخيه نجم الدين ؟ »

فأجاب : تعارض فيه اللفظان ، فيحتمل المشاركة . ولكن الأرجح اختصاص الأخ ويرجحه : أن التنصيص على الإخوة وعلى المستحقين منهم : كالخاص : وقوله : « ومن مات قبل الاستحقاق » كالعام : فيقدم الخاص على العام .

تنبيه

قال السبكي ، وولده : محل هذه القاعدة : أن يستوى الإعمال والإهمال بالنسبة إلى الكلام : أما إذا بعد الاعمال عن اللفظ ، وصار بالنسبة إليه كاللغز فلا يصير راجحا .

ومن ثم : لو أوصى بعود من عيدانه : وله عيدان لهو ، وعيدان قسى ، وبناء . فالأصح بطلان الوصية ، تنزيلا على عيدان اللهو . لأن اسم العود عند الاطلاق له . واستعماله فى غيره مرجوح وليس كالطبل لوقوعه على الجميع وقوعا واحدا : كذا فرق الأصحاب بين المسئلتين :

ولو قال : زوجتك فاطمة ، ولم يقل : بنتى : لم يصح على الأصح . لكثرة الفواطم .

فصل

يدخل فى هذه القاعدة : قاعدة « التأسيس أولى من التأكيد »

فاذا دار اللفظ بينهما ؛ تعين حمله على التأسيس .

وفيه فروع :

منها : قال : أنت طالق : أنت طالق ، ولم ينو شيئا ، فالأصح الحمل على الاستئناف .

ومنها : إذا قال لزوجته : إن ظاهرت من فلانة الأجنبية ، فأنت على كظهر أمى ، ثم تزوج تلك ، وظاهر : فهل يصير مظاهرا من الزوجة الأولى ؟ وجهان : أصحهما فى التنبيه : لا : حملا للصفة على الشرط : فكأنه علق ظهاره على ظهاره من تلك ، حال كونها أجنبية ، وذلك تعليق على مالا يكون ظهارا شرعيا : والثانى : نعم . ويجعل الوصف بقوله « الأجنبية » ، توضيحا ، لاتخصيصا ؛ وهذا هو الأصح عند النووى .

القاعده الحادية عشرة

« الخراج بالضمان »

هو حديث صحيح : أخرجه الشافعى ، وأحمد ، وأبوداود ، والترمذى ، والنسائى وابن ماجه ، وابن حبان : من حديث عائشة : وفى بعض طرقه ذكر السبب : وهو « أن رجلا ابتاع عبدا ، فأقام عنده ماشاء الله أن يقيم ، ثم وجد به عيبا ، فخاصمه إلى النبى

صلى الله عليه وسلم ؛ فرده عليه : فقال الرجل : يارسول الله ، قد استعمل غلامى : فقال الخراج بالضمان » :

قال أبو عبيد : الخراج فى هذا الحديث غلة العبد يشتريه الرجل فيستغله زمانا ، ثم يعثر منه على عيب دلسه البائع ، فيرده ، ويأخذ جميع الثمن : ويفوز بغلته كلها ، لأنه كان فى ضمانه . ولو هلك هلك من ماله ، انتهى .

وكذا قال الفقهاء : معناه ماخرج من الشىء : من غلة ، ومنفعة ، وعين ، فهو للمشترى عوض ما كان عليه من ضمان الملك ، فانه لو تلف المبيع كان من ضمانه : فالغلة له ، ليكون الغنم فى مقابلة الغرم :

وقد ذكروا هنا سؤالين :

أحدهما : لو كان الخراج فى مقابلة الضمان ؛ لكانت الزوائد قبل القبض للبائع ، ثم العقد ، أو انفسخ ، لكونه من ضمانه ، ولا قائل به :

وأجيب : بأن الخراج معلل قبل القبض بالملك : وبعده به ، وبالضمان معا : واقتصر فى الحديث على التعليل بالضمان ؛ لأنه أظهر عند البائع ، وأقطع لطلبه ، واستبعاده أن الخراج للمشترى :

الثانى : لو كانت العلة : الضمان ، لزم أن يكون الزوائد للغاصب ، لأن ضمانه أشد من ضمان غيره : وبهذا احتج لأبى حنيفة فى قوله «إن الغاصب لايضمن منافع المغصوب» :

وأجيب : بأنه صلى الله عليه وسلم قضى بذلك فى ضمان الملك ، وجعل الخراج لمن هو مالكه ، إذا تلف تلف على ملكه ، وهو المشترى ، والغاصب لا يملك المغصوب : وبأن الخراج : هو المنافع ، جعلها لمن عليه الضمان : ولا خلاف أن الغاصب لا يملك المغصوب بل إذا أتلفها ، فالخلاف فى ضمانها عليه ، فلا يتناول موضع الخلاف :

نعم : خرج عن هذا مسئلة ، وهى مالو أعتقت المرأة عبدا : فان ولاءه يكون لابنها ولو جنى جناية خطأ ، فالعقل على عصبتها ، دونه ، وقد يجىء مثله فى بعض العصبات ، يعقل ولا يرث

القاعدة الثانية عشرة

« الخروج من الخلاف مستحب »

فروعها كثيرة جدا ، لاتكاد تحصى :

فنها : استحباب الدلك فى الطهارة ، واستيعاب الرأس بالمسح ، وغسل المنى بالماء ، والترتيب فى قضاء الصلوات ، وترك صلاة الأداء خلف القضاء ، وعكسه ، والقصر فى سفر يبلغ ثلاث مراحل ، وتركه فيما دون ذلك ، وللملاح الذى يسافر بأهله وأولاده ، وترك الجمع : وكتابة العبد القوى الكسوب ، ونية الإمامة : واجتناب استقبال القبلة

واستدبارها مع الساتر ، وقطع المتيمم الصلاة إذا رأى الماء ؛ خروجا من خلاف من أوجب الجميع :

وكراهة الحيل فى باب الربا : ونكاح المحلل خروجا من خلاف من حرمه :

وكراهة صلاة المنفرد خلف الصف ، خروجا من خلاف من أبطلها .

وكذا كراهة مفارقة الإمام بلا عذر ، والاقتداء فى خلال الصلاة؛ خروجا من خلاف من لم يجز ذلك :

تنبيـه

لمراعاة الخلاف شروط :

أحدها : أن لا يوقع مراعاته فى خلاف آخر :

ومن ثم كان فصل الوتر أفضل من وصله ، ولم يراع خلاف أبى حنيفة : لأن من العلماء من لا يجيز الوصل :

الثانى : أن لا يخالف سنة ثابتة ؛ ومن ثم سن رفع اليدين فى الصلاة ، ولم يبال برأى من قال بإبطاله الصلاة من الحنفية ، لأنه ثابت عن النبى صلى الله عليه وسلم ، من رواية نحو خمسين صحابيا.

الثالث : أن يقوى مدركه ، بحيث لا يعد هفوة :

ومن ثم كان الصوم فى السفر أفضل لمن قوى عليه ، ولم يبال بقول داود : إنه لا يصح :

وقد قال إمام الحرمين فى هذه المسئلة : إن المحققين لا يقيمون لخلاف أهل الظاهر وزنا :

تنبيه

شكك بعض المحققين على قولنا بأفضلية الخروج من الخلاف ، فقال : الأولوية والأفضلية ، إنما تكون حيث سنة ثابتة : وإذا اختلفت الأمة على قولين : قول بالحل؛ وقول بالتحريم ، واحتاط المستبرئ لدينه ، وجرى على الترك؛ حذرا من ورطات الحرمة لا يكون فعله ذلك سنة ، لأن القول بأن هذا الفعل يتعلق به الثواب من غير عقاب على الترك ، لم يقل به أحد ، والأئمة كما ترى بين قائل بالإباحة ، وقائل بالتحريم : فمن أين الأفضلية ؟ :

وأجاب ابن السبكى : بأن أفضليته ليست لثبوت سنة خاصة فيه ، بل لعموم الاحتياط والاستبراء للدين ، وهو مطلوب شرعا مطلقا ، فكان القول بأن الخروج من الخلاف أفضل ، ثابت من حيث العموم ، واعتماده من الورع المطلوب شرعا :

خاتمة

من فروع هذه القاعدة ، فى العربية :

إذا دار الأمر فى ضرورة الشعر ، أو التناسب ، بين قصر الممدود ومد المقصور : فالأول أولى ، لأنه متفق على جوازه ، والثانى مختلف فيه .

القاعدة الثالثة عشرة

« الدفع أقوى من الرفع »

ولهذا : الماء المستعمل ، إذا بلغ قلتين ، فى عوده طهورا ، وجهان .

ولو استعمل القلتين ابتداء لم يصر مستعملا ، بلا خلاف .

والفرق أن الكثرة فى الابتداء دافعة ، وفى الأثناء رافعة . والدفع أقوى من الرفع .

ومن ذلك : للزوج منع زوجته من حج الفرض ، ولو شرعت فيه بغير إذنه ، ففى جواز تحليلها قولان .

ووجود الماء قبل الصلاة للمتيمم ، يمنع الدخول فيها ، وفى أثنائها لا يبطلها ، حيث تسقط به .

واختلاف الدين - المانع من النكاح - يدفعه ابتداء ، ولا يرفعه فى الأثناء ، بل يوقف على انقضاء العدة .

والفسق : يمنع انعقاد الإمامة ابتداء ، ولو عرض فى الأثناء ، لم ينعزل .

القاعدة الرابعة عشرة

« الرخص لاتناط بالمعاصى »

ومن ثم لايستبيح العاصى بسفره شيئا من رخص السفر : من القصر والجمع والفطر والمسح ثلاثا ، والتنفل على الراحلة ، وترك الجمعة ، وأكل الميتة ، وكذا التيمم ، على وجه اختاره السبكى ، ويأثم بترك الصلاة إثم تارك لها ، مع إمكان الطهارة ، لأنه قادر على استباحة التيمم بالتوبة : والصحيح أنه يلزمه التيمم لحرمة الوقت ، ويلزمه الاعادة لتقصيره بترك التوبة .

ولو وجد العاصى بسفره ماء ، واحتاج إليه للعطش ، لم يجزله التيمم بلا خلاف .

وكذا من به مرض وهو عاص بسفره ، لأنه قادر على التوبة .

قال القفال فى شرح التلخيص ، فان قيل : كيف حرمتم أكل الميتة على العاصى بسفره مع أنه مباح للحاضر فى حال الضرورة ، وكذا من به مرض يجوز له التيمم فى الحضر ؟ .

فالجواب : أن ذلك - وإن كان مباحا فى الحضر عند الضرورة - لكن سفره سبب لهذه الضرورة ، وهو معصية ، فحرمت عليه الميتة فى الضرورة ، كما لو سافر لقطع الطريق ،

بجرح لايجوز له التيمم لذلك الجرح ، مع أن الحاضر الجريح يجوز له .

فان قيل : تحريم الميتة والتيمم يؤدى إلى الهلاك .

فالجواب : أنه قادر على استباحته بالتوبة ، انتهى .

وهل يجوز للعاصى بسفره : مسح المقيم : وجهان : أصحهما : نعم لأن ذلك جائز بلا سفر .

والثانى : لا ، تغليظا عليه ، كأكل الميتة .

وحكى الوجهان فى العاصى بالاقامة ، كعبد أمره سيده بالسفر ، فأقام .

قال فى شرح المهذب : والمشهور : القطع بالجواز .

وطرد الاصطخرى القاعدة فى سائر الرخص ، فقال : إن العاصى بالاقامة لايستبيح شيئا منها .

وفرق الأكثرون بأن الاقامة نفسها ليست معصية ، لأنها كف ، وإنما الفعل الذى يوقعه فى الاقامة معصية . والسفر فى نفسه معصية .

ومن فروع القاعدة :

لو استنجى بمحترم أو مطعوم ، لايجزئه فى الأصح ، لأن الاقتصار على الحجر رخصة فلا يناط بمعصية .

ومنها : لو استنجى بذهب أو فضة ، ففى وجه لايجزيه ، لأنه رخصة واستعمال النقد حرام ، والصحيح الإجزاء .

ومنها : لو لبس خفا مغصوبا : ففى وجه لايمسح عليه ، لأنه رخصة لمشقة النزع ، وهذا عاص بالترك واستدامة اللبس ، والصحيح الجواز كالتيمم بتراب مغصوب ، فانه يجوز ، مع أن التيمم رخصة .

قال البلقينى : ونظيره المسح على خف مغصوب : غسل الرجل المغصوبة فى الوضوء .

وصورته : أن يجب عليه التمكين من قطعها فى قصاص أو سرقة ، فلا يمكن من ذلك

ولو لبس خفا من ذهب أو فضة ، ففيه الوجهان فى المغصوب .

وقطع المتولى هنا بالمنع ، لأن التحريم هنا : لمعنى فى نفس الخف ، فصار كالذى لايمكن متابعة المشى عليه .

قال فى شرح المهذب : وينبغى أن يكون الحرير مثله .

ولو لبس المحرم الخف ، فلا نقل فيه عندنا ، والمصحح عند المالكية : أنه ليس له المسح وهو ظاهر ، فان المعصية هنا فى نفس اللبس .

ثم رأيت الأسنوى ذكر المسألة فى ألغازه وقال : إن المتجه المنع جزما ، ولايتخرج

على الخلاف فى المغصوب ونحوه ؛ فان المنع هناك بطريق العرض ، لالمعنى فى اللبس ، ولهذا يلبس غيره ، ويمسح عليه .

وأما المحرم : فقام به معنى آخر ، أخرجه عن أهلية المسح لامتناع اللبس مطلقا ؛

ومنها : لو جن المرتد، وجب عليه قضاء صلوات أيام الجنون أيضا ، بخلاف ما إذا حاضت المرتدة لاتقضى صلوات أيام الحيض ، لأن سقوط القضاء عن الحائض عزيمة وعن المجنون رخصة ، والمرتد ليس من أهل الرخصة ؛

ومنها : لو شربت دواء فأسقطت ، ففى وجه تقضى صلوات أيام النفاس ، لأنها عاصية ، والأصح : لا ، لأن سقوط القضاء عن النفساء عزيمة لا رخصة ؛

ومنها : لو ألقى نفسه ، فانكسرت رجله وصلى قاعدا ، ففى وجه : يجب القضاء لعصيانه ، والأصح : لا .

ومنها : يجوز تقديم الكفارة على الحنث رخصة ، فلو كان الحنث بمعصية فوجهان ، لأن الرخص لا تناط بالمعاصى ؛

ومنها : لو صب الماء بعد الوقت لغير غرض وتيمم ، ففى وجه : تجب الاعادة لعصيانه والأصح : لا ، لأنه فاقد .

ومنها : إذا حكمنا بنجاسة جلد الآدمى بالموت ؛ ففى وجه : لايطهر بالدباغ ، لأن استعماله معصية ، والرخص لاتناط بالمعاصى ، والأصح : أنه يطهر كغيره وتحريمه ليس لعينه ، بل للامتهان على أى وجه كان ، ولأنه يحرم استعماله ، وإن قلنا بطهارته ؛

تنبيه

معنى قولنا « الرخص : لاتناط بالمعاصى »

أن فعل الرخصة متى توقف على وجود شىء، نظر فى ذلك الشىء ، فإن كان تعاطيه فى نفسه حراما ، امتنع معه فعل الرخصة ، وإلا فلا ، وبهذا يظهر الفرق بين المعصية بالسفر والمعصية فيه ؛

فالعبد الآبق ، والناشزة ، والمسافر للمكس ، ونحوه . عاص بالسفر ؛ فالسفر نفسه معصية والرخصة منوطة به مع دوامه ، ومعلقة ، ومترتبة عليه ترتب المسبب على السبب . فلا يباح ؛

ومن سافر مباحا ، فشرب الخمر فى سفره ، فهو عاص فيه ، أى مرتكب المعصية فى السفر المباح ؛ فنفس السفر : ليس معصية ، ولا آثما به فتباح فيه الرخص ، لأنها منوطة بالسفر ، وهو فى نفسه مباح . ولهذا جاز المسح على الخف المغصوب ، بخلاف المحرم ، لأن الرخصة منوطة باللبس ، وهو للمحرم معصية ؛ وفى المغصوب ليس معصية لذاته ، أى لكونه لبسا ، بل للاستيلاء على حق الغير ، ولذا لو ترك اللبس ، لم تزل المعصية ، بخلاف المحرم ؛

القاعدة الخامسة عشرة

«الرخص لاتناط بالشك»

ذكرها الشيخ تقي الدين السبكي ، وفرع عليها :

أنه إذا غسل إحدى رجليه وأدخلها ، لايستبيح ، لأنه لم يدخلهما طاهرتين ؛

ومن فروعها :

وجوب الغسل : لمن شك في جواز المسح ؛

ووجوب الإتمام لمن شك في جواز القصر ، وذلك في صور متعددة ؛

القاعدة السادسة عشرة

«الرضى بالشيء رضى بما يتولد منه»

وقريب منها قاعدة «المتولد من مأذون فيه لاأثر له» ؛

ومن فروعها :

رضى أحد الزوجين بعيب صاحبه ؛ فزاد : فلا خيار له على الصحيح .

ومنها : أذن المرتهن للراهن في ضرب العبد المرهون : فهلك في الضرب : فلا ضمان لأنه تولد من مأذون فيه ، كما لو أذن في الوطء فأحبل ؛

ومنها : قال مالك أمره : اقطع يدي ، ففعل ، فسرى : فهدر ، على الأظهر ؛

ومنها : لو قطع قصاصا ، أوحدا ، فسرى : فلا ضمان ؛

ومنها : تطيب قبل الاحرام ، فسرى إلى موضع آخر بعد الاحرام : فلا فدية فيه ؛

ومنها : محل الاستجمار معفو عنه ، فلو عرق فتلوث منه : فالأصح العفو .

ومنها : لوسبق ماء المضمضة ، أو الاستنشاق إلى جوفه ، ولم يبالغ : لم يفطر في الأصح بخلاف ما إذ بالغ ، لأنه تولد من منهي عنه ؛

ويستثنى من القاعدة :

ماكان مشروطا بسلامة العاقبة ، كضرب المعلم ، والزوج ، والولي ، وتعزير الحاكم وإخراج الجناح ، ونحو ذلك .

القاعدة السابعة عشرة

«السؤال معاد في الجواب»

فلو قيل له على وجه الاستخبار : أطلقت زوجتك ؟ فقال : نعم ؛ كان إقرارا به ، يؤاخذ به في الظاهر : ولو كان كاذبا ؛

ولو قيل ذلك على وجه التماس الانشاء ، فاقتصر على قوله : نعم ، فقولان .

أحدهما : أنه كناية لايقع إلا بالنية .

والثانى ، وهو الأصح صريح ، لأن السؤال معاد فى الجواب ، فكأنه قال : طلقتها وحينئذ : لايقدح كونه صريحا فى حصرهم ألفاظ الصريح فى الطلاق ، والفراق ، والسراح ؛ ولو قالت : أبنى بألف ، فقال : أبنتك ونوى الزوج الطلاق دونها ؛ فوجهان ؛

أحدهما : لايقع الطلاق ، لأن كلامه جواب على سؤالها ، فكأن المال معاد فى الجواب ، وهى لم يوجد منها القبول ؛ لعدم نية الفراق ، وهو إنما رضى بعوض ؛ وهذا ماصححه الامام ؛

والثانى : أنه يقع رجعيا ؛ ويحمل ذلك على إبتداء خطاب منه ، لأنه مستقل بنفسه ، ورجحه البغوى ؛

ومن فروع القاعدة : مسائل الاقرار كلها ؛

إذا قال : لى عندك كذا ؛ فقال : نعم ، أوليس عليك كذا ، فقال : بلى ، أو قال أجل فى الصورتين ، فهو إقرار بما سأله عنه ؛

ولو قال : لى عليك مائة ، فقال : إلا درهما ، ففى كونه مقرا بما عدا المستثنى وجهان ؛ أصحهما : المنع ، لأن الاقرار لايثبت بالمفهوم ؛

القاعدة الثامنة عشرة

« لاينسب للساكت قول »

هذه عبارة الشافعى رضى الله عنه ، ولهذا لوسكت عن وطء أمته ؛ لايسقط المهر قطعا ، أوعن قطع عضو منه ، أوإتلاف شىء من ماله مع القدرة على الدفع لم يسقط ضمانه ، بلا خلاف ، بخلاف مالو أذن فى ذلك ؛

ولو سكتت الثيب عند الاستئذان فى النكاح ؛ لم يقم مقام الاذن قطعا ؛

ولو علم البائع بوطء المشترى الجارية فى مقدار مدة الخيار ؛ لايكون إجازة فى الأصح ؛

ولو حمل من مجلس الخيار ، ولم يمنع من الكلام : لم يبطل خياره فى الأصح ؛

وخرج عن القاعدة صور :

منها : البكر سكوتها فى النكاح إذن للأب والجد قطعا ، ولسائر العصبة والحاكم فى الأصح ؛

ومنها سكوت المدعى عليه عن الجواب ، بعد عرض اليمين عليه ، يجعله كالمنكر الناكل ؛ وترد اليمين على المدعى .

ومنها : لونقض بعض أهل الذمة ؛ ولم ينكر الباقون بقول ، ولا فعل ، بل سكتوا انتقض فيهم أيضا ؛

ومنها : لو رأى السيد عبده يتلف مالا لغيره ، وسكت عنه ضمنه ؛

ومنها : إذا سكت المحرم ، وقد حلقه الحلال مع القدرة على منعه ؛ لزمه الفدية في الأصح ؛

ومنها : لو باع العبد البالغ ، وهو ساكت ؛ صح البيع ، ولا يشترط أن يعترف بأن البائع سيده في الأصح ؛

ومنها : القراءة على الشيخ وهو ساكت ينزل منزلة نطقه في الأصح ؛

ومنها : مسائل أخر ؛ ذكرها القاضي جلال الدين البلقيني ، أكثرها على ضعيف ، وبعضها اقترن به فعل قام مقام النطق ، وبعضها فيه نظر ؛

القاعدة التاسعة عشرة

« ما كان أكثر فعلا ، كان أكثر فضلا »

أصله قوله صلى الله عليه وسلم لعائشة « أجرك على قدر نصبك » رواه مسلم ؛

ومن ثم كان فصل الوتر أفضل من وصله ، لزيادة النية ، والتكبير ، والسلام ؛

وصلاة النفل قاعدا على النصف من صلاة القائم ؛ ومضطجعا على النصف من القاعد ؛

وإفراد النسكين أفضل من القران ؛

وخرج عن ذلك الصور :

الأولى : القصر أفضل من الاتمام بشرطه ؛

الثانية : الضحى أفضلها ثمان ، وأكثرها : ثنتا عشر ؛ والأول أفضل ، تأسيا بفعله صلى الله عليه وسلم ؛

الثالثة : الوتر بثلاث : أفضل منه بخمس ، أو سبع ، أو تسع ، على ماقاله في البسيط تبعا لشيخه إمام الحرمين ، وهو ضعيف ، والمجزوم به في شرح المهذب خلافه ، وإن كان الأكثر أفضل منه ، ونقله ابن الرفعة عن الروياني ، وأبي الطيب ؛

وقال ابن الأستاذ : ينبغي القطع به ؛

الرابعة : قراءة سورة قصيرة في الصلاة أفضل من بعض سورة ، وإن طال ، كما قاله المتولي ، لأنه المعهود من فعله صلى الله عليه وسلم غالبا ؛

الخامسة : الصلاة مرة في الجماعة أفضل من فعلها وحده خمسا وعشرين مرة ؛

السادسة : صلاة الصبح أفضل من سائر الصلوات ، مع أنها أقصر من غيرها ؛

السابعة : ركعة الوتر أفضل من ركعتي الفجر ، على الجديد ، بل من التهجد في الليل وإن كثرت ركعاته ؛ ذكره في المطلب ؛

قال : ولعل سببه انسحاب حكمها على ماتقدمها ؛

الثامنة : تخفيف ركعتي الفجر ، أفضل من تطويلهما ؛

التاسعة صلاة العيد ، أفضل من صلاة الكسوف ، مع كونها أشق ، وأكثر عملا :

العاشرة : الجمع بين المضمضة والاستنشاق بثلاث غرفات ، والفصل بغرفتين ، أفضل منه بست :

الحادية عشرة : التصدق بالأضحية بعد أكل لقم يتبرك بها أفضل من التصدق بجميعها.

الثانية عشرة الإحرام من الميقات أفضل منه من دويرة أهله فى الأظهر :

الثالثة عشرة : الحج ، والوقوف راكبا أفضل منه ماشيا ، تأسيا بفعله صلى الله عليه وسلم فى الصورتين :

تنبيـــه

أنـكر الشيخ عزالدين كون الشاق أفضل : وقال : إن تساوى العملان من كل وجه فى الشرف ، والشرائط ، والسنن ، كان الثواب على أشقهما أكثر ، كاغتسال فى الصيف والشتاء ، سواء فى الأفعال ، ويزيد أجر الاغتسال فى الشتاء بتحمل مشقة البرد ، فليس التفاوت فى نفس العلمين ، بل فيما لزم عنهما :

وكذلك مشاق الوسائل ، كقاصد المساجد ، أو الحج أو العمرة من مسافة قريبة ، وآخر من بعيد ، فان ثوابهما يتفاوت بتفاوت الوسيلة ، ويتساويان من جهة القيام بأصل العبادة ، وإن لم يتساو العملان ، فلا يطلق القول بتفضيل أشقهما. بدليل أن الايمان أفضل الأعمال ، مع سهولته وخفته على اللسان ، وكذلك الذكر ، على ما شهدت به الأخبار ، وكذلك إعطاء الزكاة مع طيب النفس ، أفضل من إعطائها مع البخل ، ومجاهدة النفس ، وكذلك جعل النبي صلى الله عليه وسلم الماهر بالقرآن مع السفرة الكرام البررة ، وجعل الذى يقرؤه ويتتعتع فيه ، وهو عليه شاق له أجران :

القاعـدة العشرون

« المتعدى أفضل من القاصر »

ومن ثم قال الأستاذ أبو إسحاق ، وإمام الحرمين ، وأبوه : للقائم بفرض الكفاية مزية على العين ، لأنه أسقط الحرج عن الأمة :

وقال الشافعى : طلب العلم ، أفضل من صلاة النافلة :

وأنـكر الشيخ عزالدين هذا الاطلاق أيضا : وقال : قد يكون القاصر أفضل كالايمان :

وقد قدم النبى صلى الله عليه وسلم التسبيح عقب الصلاة على الصدقة : وقال : « خير أعمالكم الصلاة » :

وسئل « أى الأعمال أفضل ؟ فقال : إيمان بالله ، ثم جهاد فى سبيل الله ، ثم حج مبرور » وهذه كلها قاصرة :

ثم اختار تبعا للغزالي في الإحياء : أن أفضل الطاعات على قدر المصالح الناشئة عنها :

القاعدة الحادية والعشرون

« الفرض أفضل من النفل »

قال صلى الله عليه وسلم فيما يحكيه عن ربه « وما تقرب إلى المتقربون بمثل أداء ماافترضت عليهم » رواه البخاري :

قال إمام الحرمين : قال الأئمة : خص الله نبيه صلى الله عليه وسلم بإيجاب أشياء لتعظيم ثوابه ، فان ثواب الفرائض يزيد على ثواب المندوبات بسبعين درجة :

وتمسكوا بما رواه سلمان الفارسي رضي الله عنه : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في شهر رمضان « من تقرب فيه بخصلة من خصال الخير كان كمن أدى فريضة فيما سواه ، ومن أدى فريضة فيه ، كان كمن أدى سبعين فريضة فيما سواه » فقابل النفل فيه بالفرض في غيره ، وقابل الفرض فيه بسبعين فرضا في غيره ، فأشعر هذا بطريق الفحوى أن الفرض يزيد على النفل سبعين درجة اه .

قال ابن السبكي : وهذا أصل مطرد لاسبيل إلى نقضه بشيء من الصور :

وقد استثنى :

فـــروع

أحدها : إبراء المعسر ، فانه أفضل من إنظاره ، وإنظاره واجب ، وإبراؤه مستحب :

وقد انفصل عنه التقي السبكي بأن الابراء يشتمل على الإنظار اشتمال الأخص على الأعم ، لكونه تأخيرا للمطالبة ، فلم يفضل ندب واجبا ، وإنما فضل واجب : وهو الإنظار الذي تضمنه الابراء ، وزيادة « وهو خصوص الابراء » واجبا آخر : وهو مجرد الإنظار :

قال ابنه : أو يقال : إن الأبراء محصل لمقصود الإنظار وزيادة ، من غير اشتماله عليه :

قال : وهذا على تقدير تسليم أن الابراء أفضل ، وغاية ماستدلوا عليه بقوله تعالى ﴿ وأن تصدقوا خير لكم ﴾ ، وهذا يحتمل أن يكون افتتاح كلام ، فلا يكون دليلا على أن الابراء أفضل ، ويتطرق من هذا إلى أن الانظار أفضل : لشدة ماينال المنظر من ألم الصبر ، مع تشويف القلب : وهذا فضل ليس في الابراء الذي انقطع فيه اليأس .

الثاني : ابتداء السلام ، فانه سنة : والرد واجب ، والابتداء أفضل ، لقوله صلى الله عليه وسلم « وخيرهما الذي يبدأ صاحبه بالسلام » :

وحكى القاضي حسين في تعليقه وجهين : في أن الابتداء أفضل أو الجواب .

ونوزع في ذلك بأنه ليس في الحديث : أن الابتداء أفضل من الجواب ، بل إن المبتدىء خير من المجيب : وذلك لأن المبتدئ فعل حسنة وتسبب إلى فعل حسنة : وهي الجواب مع مادل عليه الابتداء من حسن الطوية ، وترك الهجر والجفاء ، الذي كرهه الشارع :

الثالث : قال ابن عبد السلام : صلاة نافلة واحدة أفضل من إحدى الخمس الواجب فعلها على من ترك واحدة منها ، ونسي عينها :

قلت : لم أر من تعقبه ، وهو أولى بالتعقب من الأولين : وما ذكره من أن صلاة نافلة واحدة أفضل من إحدى الخمس المذكورة ، فيه نظر . والذي يظهر : أنها إن لم تزد عليها في الثواب لاتنقص عنها :

الرابع : الأذان سنة وهو على مارجحه الامام النووي: أفضل من الامامة ، وهي فرض كفاية ، أوعين :

وقد سئل عن ذلك السبكي في الحلبيات :

فأجاب بوجوه :

منها : أنه لايلزم من كون الجماعة فرضا كون الامامة فرضا : لأن الجماعة : تتحقق بنية المأموم الائتمام ، دون نية الامام :

ولو نوى الامام فنيته محصلة لجزء الجماعة : والجزء هنا : ليس ممايتوقف عليه الكل لما بيناه ، فلم يلزم وجوبه، وإذا لم يلزم ذلك لم يلزم القول بأن الامامة فرض كفاية ، فلم يحصل تفضيل نفل على فرض، وإنما نية الامام شرط في حصول الثواب له ،

ومنها : أن الجماعة صفة للصلاة المفروضة ، والأذان عبادة مستقلة ، والقاعدة المستقرة في أن الفرض أفضل من النفل في العبادتين المستقلتين أو في الصفتين :

أما في عبادة ، وصفة ، فقد تختلف :

ومنها : أن الأذان والجماعة جنسان ، والقاعدة المستقرة في أن الفرض أفضل من النفل في الجنس الواحد .

أما في الجنسين : فقد تختلف ، فان الصنائع والحرف فروض كفايات ، ويبعد أن يقال : إن واحدة من رذائلها أفضل من تطوع الصلاة ، وإن سلم أنه أفضل من جهة أن فيه خروجا من الأثم ، ففي تطوع الصلاة من الفضائل ماقد يجبر ذلك ، أو يزيد عليه ، وجنس الفرض أفضل من جنس النفل .

وقد يكون في بعض الجنس المفضول ماربو على بعض أفراد الجنس الفاضل ، كتفضيل بعض النساء على بعض الرجال :

وإذا تؤمل ماجمعه الأذان من الكلمات العظيمة ومعانيها ودعوتها ظهر تفضيله وأنى يدانيه صناعة ؟ قيل : إنها فرض كفاية :

الخامس : الوضوء قبل الوقت سنة وهو أفضل منه فى الوقت صرح به القمولى فى الجواهر وإنما يجب بعدالوقت .

وقلت قديما :

الفرض أفضل من تطوع عابد حتى ولو قد جاءمنه بأكثر
إلا التطهر قبل وقت وابتدا ء للسلام كذاك إبرا معسر

القاعدة الثانية والعشرون

« الفضيلة المتعلقة بنفس العبادة أولى من المتعلقة بمكانها »

قال فى شرح المهذب : هذه قاعدة مهمة صرح بها جماعة من أصحابنا وهى مفهومة من كلام الباقين :

ويتخرج عليها مسائل مشهورة :

منها : الصلاة فى جوف الكعبة أفضل من الصلاة خارجها فان لم يرج فيها الجماعة وكانت خارجها فالجماعة خارجها أفضل :

ومنها : صلاة الفرض فى المسجد أفضل منه فى غيره :

فلو كان مسجد لاجماعة فيه وهناك جماعة فى غيره فصلاتها مع الجماعة خارجه أفضل من الانفراد فى المسجد :

ومنها : صلاة النفل فى البيت أفضل منها فى المسجد لأن فعلها فى البيت فضيلة تتعلق بها ، فانه سبب لتمام الخشوع والإخلاص : وأبعد من الرياء وشبهه حتى إن صلاة النفل فى بيته أفضل منها فى مسجد النبى صلى الله عليه وسلم لذلك :

ومنها : القرب من الكعبة فى الطواف مستحب والرمل مستحب : فلو منعته الزحمة من الجمع بينهما ولم يمكنه الرمل مع القرب : وأمكنه مع البعد ، فالمحافظة على الرمل مع البعد أولى من المحافظة على القرب بلا رمل ، لذلك :

وخرج عن ذلك صور :

منها : الجماعة القليلة فى المسجد القريب إذا خشى التعطيل لو لم يحضر فيه ، أفضل من الكثيرة فى غيره :

ومنها الجماعة فى المسجد أفضل منها فى غيره وإن كثرت ، صرح به الماوردى : لكن خالفه أبو الطيب :

القاعدة الثالثة والعشرون

« الواجب لايترك إلا لواجب »

وعبر عنها قوم بقولهم : « الواجب لايترك لسنة » وقوم بقولهم « ما لابد منه لايترك إلا لما لابد منه » وقوم بقولهم « جواز مالو لم يشرع لم يجز : دليل على وجوبه » ، وقوم بقولهم « ماكان ممنوعا إذا جاز وجب » :

وفيها فروع :

منها : قطع اليد فى السرقة ، لو لم يجب لكان حراما :

ومنها : إقامة الحدود على ذوى الجرائم :

ومنها : وجوب أكل الميتة للمضطر :

ومنها : الختان ، لو لم يجب لكان حراما لما فيه من قطع عضو وكشف العورة ، والنظر إليها :

ومنها : العود من قيام الثالثة إلى التشهد الأول ، يجب لمتابعة الإمام لأنها واجبة ، ولا يجوز للامام والمنفرد ، لأنه ترك فرض لسنة : وكذا العود إلى القنوت :

ومنها : التنحنح بحيث يظهر حرفان ، إن كان لأجل القراءة فعذر ، لأنه لواجب أو للجهر فلا ، لأنه سنة :

وخرج عن هذه القاعدة صور :

منها : سجود السهو ، وسجود التلاوة : لايجبان ، ولو لم يشرعا لم يجوزا :

ومنها : النظر إلى المخطوبة ، لايجب : ولو لم يشرع ، لم يجز :

ومنها : الكتابة لاتجب إذا طلبها الرقيق الكسوب ، وقد كانت المعاملة قبلها ممنوعة لأن السيد لايعامل عبده :

ومنها : رفع اليدين على التوالى فى تكبيرات العيد :

ومنها : قتل الحية فى الصلاة : لايجب ، ولو لم يشرع لكان مبطلا للصلاة :

ومنها : زيادة ركوع فى صلاة الكسوف : لايجب ، ولو لم يشرع لم يجز :

ومن المشكل هنا قول المنهاج : ولا يجوز زيادة ركوع ثالث ، لتمادى الكسوف ، ولا نقصه للانجلاء ، فى الأصح فانه يشعر بوجوبه ، وهو مخالف لما فى شرح المهذب : من أنه لو صلاها ركعتين كسنة الظهر صحت ، وكان تاركا للأفضل .

وقد جمع بينهما الشيخ جلال الدين المحلى ، بأن ذاك حيث نوى فى الإحرام أداءها على تلك الكيفية ، فلا يجوز له التغيير .

تنبيـــــه

استنبطت من هذه القاعدة دليلا لما أفتيت به ، من أن الصلاة في صف شرع فيه قبل إتمام صف أمامه ، لا يحصل فضيلة الجماعة لأمرهم بالتخطى ، إذا كان أمامه فرجة لأنهم مقصرون بتركها . وأصل التخطى مكروه أو حرام ، كما اختاره النووى.

فلولا أنه واجب لإتمام الصف لم يجز ، وليس هو واجبا لصحة الصلاة ، فتعين أن يكون لحصول الفضيلة .

القاعدة الرابعة والعشرون

« ما أوجب أعظم الأمرين بخصوصه لا يوجب أهونهما بعمومه »

ذكرها الرافعي ، وفيها فروع :

منها : لا يجب على الزانى التعزير بالملامسة والمفاخذة فان أعظم الأمرين - وهو الحد - قد وجب .

ومنها : زنا المحصن ، لم يوجب أهون الأمرين - وهو الجلد - بعموم كونه زنا خلافا لابن المنذر .

ومنها : خروج المنى ، لا يوجب الوضوء على الصحيح بعموم كونه خارجا ، فانه قد أوجب الغسل ، الذى هو أعظم الأمرين .

ونقضت هذه القاعدة بصور :

منها : الحيض والنفاس والولادة ، فانها توجب الغسل ، مع إيجابها الوضوء أيضا .

ومنها : من اشترى فاسدا ووطئ : لزمه المهر وأرش البكارة ولا يندرج فى المهر .

ومنها : لو شهدوا على محصن بالزنا فرجم ، ثم رجعوا : اقتص منهم ، ويحدون للقذف أولا .

ومنها : من قاتل من أهل الكمال أكثر من غيره يرضخ له مع السهم ، ذكره الرافعي عن البغوى وغيره .

القاعدة الخامسة والعشرون

« ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط »

ولهذا لا يصح نذر الواجب .

ولو قال : طلقتك بألف على أن لى الرجعة ، سقط قوله « بألف » ويقع رجعيا ، لأن المال ثبت بالشرط . والرجعة بالشرع ، فكان أقوى .

ونحوه : تدبير المستولدة ، لا يصح : لأن عتقها بالموت ثابت بالشرع ، فلا يحتاج معه إلى التدبير .

ولو اشترى قريبه ونوى عتقه عن الكفارة ، لايقع عنها ؛ لأن عتقه بالقرابة حكم قهرى والعتق عن الكفارة يتعلق بإيقاعه واختياره ؛

ومن لم يحج إذا أحرم بتطوع أو نذر ؛ وقع عن حجة الإسلام ، لأنه يتعلق بالشرع ، ووقوعه عن التطوع والنذر ، متعلق بإيقاعه عنهما ، والأول أقوى ؛

ولو نكح أمة مورثه ثم قال : إذا مات سيدك فأنت طالق : فمات السيد - والزوج يرثه - فالأصح أنه لايقع الطلاق ، لأنه اجتمع المقتضى للانفساخ ، ووقوع الطلاق فى حالة واحدة ؛ والجمع بينهما ممتنع فقدم أقواهما ، والانفساخ أقوى؛ لأنه حكم ثبت بالقهر شرعا ، ووقوع الطلاق حكم تعلق باختياره ، والأول أقوى ؛

ولو شرط مقتضى العقد ؛ لم يضره ولم ينفعه ؛ ومقتضى العقد مستفاد منه بجعل الشارع لامن الشرط .

تنبيه

قال ابن السبكى : هذه الفروع تدل لأنه إذا اجتمع خيار المجلس ، وخيار الشرط : يكون ابتداء خيار الشرط من التفرق ، وهو وجه ، لأن ماقبله ثابت بالشرع ، فلايحتاج إلى الشرط ؛

قال : وقد يقال لامعارضة بينهما ، عند من يجوز اجتماع علتين :

القاعدة السادسة والعشرون

« ماحرم استعماله حرم اتخاذه »

ومن ثم حرم اتخاذ آلات الملاهى وأوانى النقدين ، والكلب لمن لايصيد ، والخنزير والفواسق ، والخمر والحرير ، والحلى للرجل ؛

ونقضت هذه القاعدة بمسألة الباب فى الصلح . فان الأصح أن له فتحه إذا سمره ؛

وأجيب عنها : بأن أهل الدرب يمنعونه من الاستعمال ، فان ماتوا فورثتهم ؛

وأما متخذ الإناء ونحوه ، فليس عنده من يمنعه ، فربما جره اتخاذه إلى استعماله .

القاعدة السابعة والعشرون

« ماحرم أخذه حرم إعطاؤه »

كالربا و مهر البغى ، وحلوان الكاهن والرشوة ، وأجرة النائحة ، والزامر ؛

ويستثنى صور :

منها : الرشوة للحاكم ، ليصل إلى حقه ، وفك الأسير وإعطاء شىء لمن يخاف هجوه ، ولو خاف الوصى أن يستولى غاصب على المال فله أن يؤدى شيئا ليخلصه وللقاضى بذل المال على التولية ، ويحرم على السلطان أخذه ؛

تنبيه

يقرب من هذه القاعدة : قاعدة «ماحرم فعله : حرم طلبه» إلافي مسألتين :

الأولى : إذا ادعى دعوة صادقة ، فأنكر الغريم ، فله تحليفه ؛

الثانية : الجزية يجوز طلبها من الذمى ، مع أنه يحرم عليه إعطاؤها ، لأنه متمكن من إزالة الكفر بالإسلام ، فاعطاؤه إياها إنما هو على استمراره على الكفر وهو حرام ؛

القاعدة الثامنة والعشرون

« المشغول لايشغل »

ولهذا لو رهن رهنا بدين ، ثم رهنه بآخر : لم يجز فيالجديد ؛

ومن نظائره : لايجوز الإحرام بالعمرة للعاكف بمنى ، لاشتغاله بالرمى والمبيت ؛

ومنها : لايجوز إيرادعقدين على عين فيمحل واحد ؛

واعلم أن إيراد العقد على العقد ضربان :

أحدهما : أن يكون قبل لزوم الأول وإتمامه ، فهو إبطال للأول إن صدر من البائع كما لو باع المبيع فى زمن الخيار ، أو أجره أو أعتقه : فهو فسخ وإمضاء للأول إن صدر من المشترى بعد القبض ؛

الثانى : أن يكون بعد لزومه ، وهو ضربان :

الأول : أن يكون مع غير العاقد الأول ، فان كان فيه إبطال الحق الأول : لغا ، كما لو رهن داره ثم باعها بغير إذن المرتهن ، أو آجرها مدة تحل الدين قبلها ، وإن لم يكن فيه إبطال للأول صح ، كما لو أجر داره ثم باعها لآخر ، فانه يصح لأن مورد البيع : العين ، والاجارة المنفعة : وكذا لو زوج أمته ثم باعها ؛

الثانى : أن يكون مع العاقد الأول ، فان اختلف المورد صح قطعا ، كما لو أجرداره ثم باعها من المستأجر ، صح ولا تنفسخ الإجارة فيالأصح ، بخلاف مالو تزوج بأمة ثم اشتراها فانه يصح ، وينفسخ النكاح ، لأن ملك اليمين أقوى من ملك النكاح ، فسقط الأضعف بالأقوى ، كذا عللوه ؛

واستشكله الرافعى بأن هذا موجود في الإجارة .

ولو رهنه دارا ، ثم أجرها منه : جاز ، ولا يبطل الرهن ، جزم به الرافعى ؛

قال : وهكذا لو أجرها ، ثم رهنها منه : يجوز ، لأن أحدهما ورد على محل غيرالآخر فإن الإجارة على المنفعة ، والرهن على الرقبة ، وإن اتحد المورد ، كما لو استأجر زوجته لإرضاع ولده ، فقال العراقيون : لايجوز ، لأنه يستحق الانتفاع بها فيتلك الحالة ، فلا يجوز أن يعقد عليها عقدا آخر يمنع استيفاءالحق ، والأصح : أنه يجوز ، ويكون الاستئجار من حين يترك الاستمتاع .

ولو استأجر إنسانا الخدمة شهرا ، لم يجز أن يستأجر تلك المدة لخياطة ثوب ، أوعمل آخر ، ذكره الرافعي ، في النفقات .

قال الزركشي : ومنه يؤخذ امتناع استئجار العكامين للحج .

قال : وهذا من قاعدة « شغل المشغول لايجوز » بخلاف شغل الفارغ .

القاعدة التاسعة والعشرون

« المكبر لايكبر »

ومن ثم لايشرع التثليث في غسلات الكلب ، خلافا لما وقع في الشامل الصغير ، ولا التغليظ في أيمان القسامة ، ولادية العمد ، وشبهه ، ولا الخطأ إذا غلظت بسبب ، فلا يزداد التغليظ بسبب آخر في الأصح . وإذا أخذت الجزية باسم زكاة وضعفت لايضعف الجبران في الأصح ، لأنا لو ضعفناه لكان ضعف الضعف . والزيادة على الضعف لاتجوز .

تنبيه

تجرى هذه القاعدة في العربية .

ومن فروعها :

الجمع يجوز جمعه مرة ثانية ، بشرط أن لايكون على صيغة منتهى الجموع .

ونظيرها في العربية أيضا قاعدة : « المصغر لايصغر » ، وقاعدة « المعرف لايعرف » .

ومن ثم امتنع دخول اللام المعرفة على العلم والمضاف .

القاعدة الثلاثون

« من استعجل شيئا قبل أوانه عوقب بحرمانه » .

من فروعها :

إذا خللت الخمرة بطرح شيء فيها ، لم تطهر .

ونظيره : إذا ذبح الحمار ليؤخذ جلده ، لم يجز ، كما جزم به في الروضة .

قال بعضهم : وقياسه : أنه لو دبغ لم يطهر ، لكن صرح القمولي في الجواهر بخلافه .

ومنها : حرمان القاتل الإرث .

ومنها : ذكر الطحاوي ، في مشكل الآثار : أن المكاتب إذا كانت له قدرة على الأداء فأخره ليدوم له النظر إلى سيدته ، لم يجز له ذلك ، لأنه منع واجبا عليه ، ليبقى له مايحرم عليه إذا أداه ، ونقله عنه السبكي ، في شرح المنهاج ، وقال : إنه تخريج حسن ، لايبعد من جهة الفقه .

وخرج عن القاعدة صور :

منها : لو قتلت أم الولد سيدها عتقت قطعا ، لئلا تختل قاعدة « أن أم الولد تعتق بالموت » وكذا لو قتل المدبر سيده .

ولو قتل صاحب الدين المؤجل المديون : حل فى الأصح .

ولو قتل الموصى له الموصى : استحق الموصى به فى الأصح .

ولو أمسك زوجته مسيئا عشرتها ، لأجل إرثها : ورثها فى الأصح ، أو لأجل الخلع نفذ فى الأصح .

ولو شربت دواء فحاضت ؛ لم يجب عليها قضاء الصلاة قطعا . وكذا لو نفست به .

أو رمى نفسه من شاهق ليصلى قاعدا ، لا يجب القضاء فى الأصح .

ولو طلق فى مرضه ، فرارا من الارث ؛ نفذ . ولا ترثه فى الجديد ؛ لئلا يلزم التوريث بلا سبب ، ولا نسب .

أو باع المال قبل الحول ، فرارا من الزكاة ، صح ، جزما ، ولم تجب الزكاة ، لئلا يلزم إيجابها فى مال لم يحل عليه الحول فى ملكه ، فتختل قاعدة الزكاة .

أو شرب شيئا ليمرض قبل الفجر ، فأصبح مريضا : جاز له الفطر ، قاله الرويانى .

أو أفطر بالأكل متعديا ليجامع ، فلا كفارة .

ولو جبت ذكر زوجها ، أو هدم المستأجر الدار المستأجرة ، ثبت لهما الخيار فى الأصح .

ولو خلل الخمر بغير طرح شىء فيها ، كنقلها من الشمس إلى الظل ، وعكسه : طهرت فى الأصح .

ولو قتلت الحرة نفسها قبل الدخول ، استقر المهر فى الأصح .

تنبيه

إذا تأملت ما أوردناه علمت أن الصور الخارجة عن القاعدة أكثر من الداخلة فيها .

بل فى الحقيقة ، لم يدخل فيها غير حرمان القاتل الارث .

وأما تخليل الخمر ، فليست العلة فى الاستعجال على الأصح ، بل تنجيس الملاقى له ثم عوده عليه بالتنجيس .

وأما مسئلة الطحاوى ، فليست من الاستعجال فى شىء .

وكنت أسمع شيخنا قاضى القضاة علم الدين البلقينى يذكر عن والده : أنه زاد فى القاعدة لفظا لا يحتاج معه إلى الاستثناء .

فقال : من استعجل شيئا قبل أوانه ، ولم تكن المصلحة فى ثبوته ، عوقب بحرمانه .

لطيفة

رأيت لهذه القاعدة مثلا فى العربية ، وهو : أن اسم الفاعل يجوز أن ينعت بعد استيفاء معموله ، فإن نعت قبله ، امتنع عمله من أصله ؛

القاعدة الحادية والثلاثون

« النفل أوسع من الفرض »

ولهذا لايجب فيه القيام ، ولا الاستقبال فى السفر ، ولا تجديد الاجتهاد فى القبلة ، ولا تكرير التيمم ، ولا تبييت النية ، ولا يلزم بالشروع ؛

وقد يضيق النفل عن الفرض فى صور ترجع إلى قاعدة « ماجاز للضرورة يتقدر بقدرها » ؛

من ذلك : التيمم لايشرع للنفل فى وجه ، وسجود السهو لايشرع فى النفل فى قول غريب ؛

والنيابة عن المعضوب ، لاتجزىء فى حج التطوع ، فى قول ؛

القاعدة الثانية والثلاثون

« الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة »

ولهذا لايتصرف القاضى مع وجود الولى الخاص وأهليته .

ولو أذنت للولى الخاص أن يزوجها بغير كفء ففعل : صح ، أو للحاكم : لم يصح فى الأصح ؛

وللولى الخاص استيفاء القصاص ، والعفو على الدية ، ومجانا ، وليس للامام العفو مجانا ؛

ولو زوج الامام لغيبة الولى ، وزوجها الولى الغائب بآخر فى وقت واحد وثبت ذلك بالبينة ، قدم الولى ؛ إن قلنا : إن تزويجه بطريق النيابة عن الغائب ؛ وإن قلنا : إنه بطريق الولاية ، فهل يبطل ، كما لو زوج الوليان معا ، أو تقدم ولاية الحاكم لقوة ولايته وعمومها كما لو قال الولى : كنت زوجتها فى الغيبة ، فان نكاح الحاكم يقدم ، كما صرحوا به ؛ تردد فيه صاحب الكفاية ، والأصح : أن تزويجه بالنيابة ؛ بدليل عدم الانتقال إلى الأبعد ؛ فعلى هذا يقدم نكاح الولى ؛

ضابط

الولى قد يكون وليا فى المال والنكاح ، كالأب ، والجد . وقد يكون فى النكاح فقط ، كسائر العصبة ، وكالأب فيمن طرأ سفهها ، وقد يكون فى المال فقط ، كالوصى ؛

فائدة

قال السبكى : مراتب الولايات أربعة :

الأولى : ولاية الأب والجد ، وهى شرعية . بمعنى أن الشارع فوض لهما التصرف فى مال الولد اوفور شفقتهما: وذلك وصف ذاتى لهما ، فلو عزلا أنفسهما،لم ينعزلا بالاجماع لأن المقتضى للولاية : الأبوة ، والجدودة ، وهى موجودة مستمرة لايقدح العزل فيها ، لكن إذا امتنعا من التصرف تصرف القاضى ، وهكذا ولاية النكاح لسائر العصبات .

الثانية : وهى السفلى : الوكيل ، تصرفه مستفاد من الاذن ، مقيد بامتثال أمر الموكل فلكل منهما العزل ؛ وحقيقته : أنه فسخ عقد الوكالة ، أوقطعه : والوكالةعقد من العقود قابل للفسخ .

واختلف الأصحاب فيها إذا كانت بلفظ الاذن ، هل هى عقد فيقبل الفسخ ، أو إباحة ، فلا تقبله ؟ لأن الاباحة لاترتد بالرد ، والمشهور : الأول.وفى الفرق بين الوكالة والاذن غموض ؛

الثالثة : الوصية : وهى بين المرتبتين : فإنهامن جهة كونهاتفويضا تشبه الوكالة : ومن جهة كون الموصى لايملك التصرف بعد موته ، وإنما جوزت وصيته للحاجة ، لشفقته على الأولاد وعلمه بمن هوأشفق عليهم تشبه الولاية : وأبو حنيفة لاحظ الثانى، فلم يجوز له عزل نفسه ، والشافعى لاحظ الأول ، فجوز له عزل نفسه على المشهور من مذهبه ؛ ولنا وجه كمذهب أبى حنيفة .

الرابعة : ناظر الوقف يشبه الوصى ، من جهة كون ولايته ثابتة بالتفويض ، ويشبه الأب من جهة أنه ليس لغيره تسلط على عزله ، والوصى يتسلط الموصى على عزله فى حياته بعد التفويض : بالرجوع عن الوصية.ومن جهة أنه يتصرف فى مال الله تعالى ، فالتفويض أصله أن يكون منه . ولكنه أذن فيه للواقف ، فهى ولاية شرعية.ومن جهة أنه إما منوط بصفة ، كالرشد ونحوه ، وهى مستمرة ، كالأبوة ؛ وإما منوط بذاته ، كشرط النظر لزيد ؛ وهو مستمر ، فلا يفيد العزل ، كما لايفيد فى الأب ، بخلاف الوكيل والوصى ؛ فإنه يقطع ذلك العقد ، أو يرفعه :

قال : فلذلك أقول : إن الذى شرط له الواقف النظر معينا ، أو موصوفا بصفة ؛ إذا عزل نفسه : لا ينفذ عزله لنفسه : لكن إن امتنع من النظر ، أقام الحاكم مقامه ، وإن لم نجد ذلك مصرحا به فى كلام الأصحاب ، إلا ابن الصلاح .

قال فى فتاويه : لو عزل الناظر نفسه ، فليس للواقف نصب غيره : فانه لانظر له ، بل ينصب الحاكم ناظرا ، وهذا يوهم أنه إذا عزل نفسه انعزل ، ويمكن تأويله :

قال : ويوضح ذلك أن شرط النظر من الواقف : إما تمليك ، أو توكيل ؛ فإن كان توكيلا لم يصح أن يكون توكيلا عنه ، لأنه لا نظر له ، فكيف يوكل ؟ ولأنه لو كان وكيلا عنه لجاز له عزله ، وهو لو عزله لم ينفذ ، ولا عن الموقوف عليه ، للأمرين ، فلم يبق إلا أنه تمليك ، أو توكيل عن الله تعالى ، أو إثبات حق فى الوقف ابتداء ؛ فان رقبة الموقوف تنتقل إلى الله تعالى ، ولا بد لها من متصرف ، واعتبر الشارع حكم الواقف فى الصرف ، وفى تعيين المتصرف ، وهو الناظر ؛ فعلم أن استحقاق الناظر النظر بالشرط كاستحقاق الموقوف عليه الغلة ، والموقوف عليه لو أسقط حقه من الغلة، لم يسقط ، فكذلك إسقاط النظر .

ثم إن جعلناه تمليكا منه ، حسن اشتراط القبول باللفظ ، كسائر التمليكات ، وإن جعلناه استخلافا عن الله تعالى لم يشترط .

قال : ويحتمل أن لايشترط أيضا على التمليك ، لأنه ليس بعقد مستقل ، بل وصف فى الوقف ، كسائر شروطه .

قال : وهذا هو الأقوى .

قال : بل أزيد أنه لو رد ، لايرتد ، بخلاف الوقف على معين ، حيث يرتد بالرد ، لما قلناه : من أن النظر ليس مستقلا ، بل وصف فى الوقف تابع له ، كسائر شروطه ؛ إلا أنا لانضره بالزام النظر ؛ بل إن شاء نظر ، وإن شاء لم ينظر ؛ فينظر الحاكم .

قال : ثم هذا كله إذا كان المشروط له النظر معينا . أما إذا كان موصوفا فينبغى أن لايشترط القبول قطعا كالأوقاف العامة .

ثم قال : فان قيل : النظر حق من الحقوق ، فيتمكن صاحبه من إسقاطه ، فان كل من ملك شيئا ، له أن يخرجه عن ملكه ، عينا كان ، أو منفعة ، أو دينا ، فكيف لايتمكن الناظر من إسقاط حقه من النظر ؟

فالجواب : أن ذاك فيما هو فى حكم خصلة واحدة ، وحق النظر فى كل وقت يتجدد بحسب صفة فيه ، وهو الرشد مثلا إن علقه الواقف بها ، أو بحسب ذاته ، إن شرطه له بعينه ؛ فلا يصح إسقاطه ، كما لو أسقط الأب أو الجد حق الولاية من مال ولده ، أو التزويج ، ونحوه . انتهى كلام السبكى ملخصا من كتابه « تسريح الناظر فى انعزال الناظر » .

القاعدة الثالثة والثلاثون

«لاعبرة بالظن البين خطؤه»

من فروعها :

لو ظن المكلف ، فى الواجب الموسع أنه لايعيش إلى آخر الوقت: تضيق عليه ، فلو لم يفعله ، ثم عاش وفعله : فأداء على الصحيح ؛

ولو ظن أنه متطهر ، فصلى ، ثم بان حدثه ؛

أو ظن دخول الوقت ، فصلى ، ثم بان أنه لم يدخل ؛

أو طهارة الماء ، فتوضأ به ، ثم بان نجاسته ؛

أو ظن أن إمامه مسلم ، أو رجل قارىء ، فبان كافرا ، أو امرأة ، أو أميا ؛

أو بقاء الليل ، أو غروب الشمس ، فأكل ، ثم بان خلافه ؛

أو دفع الزكاة إلى من ظنه من أهلها ، فبان خلافه ؛

أو رأوا سوادا فظنوه عدوا فصلوا صلاة شدة الخوف ، فبان خلافه ؛ أو بان أن هناك خندقا ؛

أو استناب على الحج ، ظانا أنه لايرجى برؤه ، فبرىء : لم يجز فى الصور كلها ؛

فلو أنفق على البائن ظانا حملها ، فبانت حائلا : استرد ؛

وشبهه الرافعى : بما إذا ظن أن عليه دينا فأداه ؛ ثم بان خلافه ؛ وما إذا أنفق على ظن إعساره ، ثم بان يساره ؛

ولو سرق دنانير ظنها فلوسا ، قطع ؛ بخلاف مالو سرق مالا يظنه ملكه ، أو ملك أبيه ، فلا قطع ، كما لو وطىء امرأة يظنها زوجته ، أو أمته ؛

ويستثنى صور :

منها : لو صلى خلف من يظنه متطهرا ، فبان حدثه : صحت صلاته .

ولو رأى المتيمم ركبا ، فظن أن معهم ماء : توجه عليه الطلب ؛

ولو خاطب امرأته بالطلاق : وهو يظنها أجنبية ، أو عبده بالعتق ، وهو يظنه لغيره نفذ ؛

ولو وطىء أجنبى أجنبية حرة يظنها زوجته الرقيقة : فالأصح أنها تعتد بقرءين ، اعتبارا بظنه ، أو أمة يظنها زوجة الحرة ؛ فالأصح أنها تعتد بثلاثة أقراء لذلك ؛

القاعدة الرابعة والثلاثون

« الاشتغال بغير المقصود إعراض عن المقصود »

ولهذا لوحلف : لايسكن هذه الدار ، ولا يقيم فيها ، فتردد ساعة : حنث ، وإن اشتغل بجمع متاعه ، والتهيؤ لأسباب النقلة : فلا ؛

ولو قال طالب الشفعة للمشترى ، عند لقائه : بكم اشتريت ؟ أو اشتريت رخيصا ؟ بطل حقه ؛

ولو كتب : أنت طالق ، ثم استمد ، فكتب : إذا جاءك كتابي ، فان لم يحتج إلى الاستمداد طلقت وإلا فلا :

القاعدة الخامسة والثلاثون

« لاينكر المختلف فيه ، وإنما ينكر المجمع عليه »

ويستثنى صور ، ينكر فيها المختلف فيه :

إحداها : أن يكون ذلك المذهب بعيد المأخذ ، بحيث ينقض ؛

ومن ثم وجب الحد على المرتهن بوطئه المرهونة ، ولم ينظر لخلاف عطاء ؛

الثانية : أن يترافع فيه لحاكم ، فيحكم بعقيدته ، ولهذا يحد الحنفى بشرب النبيذ ، إذ لايجوز للحاكم أن يحكم بخلاف معتقده ؛

الثالثة : أن يكون للمنكر فيه حق ، كالزوج يمنع زوجته من شرب النبيذ ، إذا كانت تعتقد إباحته ، وكذلك الذمية على الصحيح ؛

القاعدة السادسة والثلاثون

« يدخل القوى على الضعيف ، ولاعكس »

ولهذا يجوز إدخال الحج على العمرة قطعا ، لاعكسه على الأظهر

ولو وطىء أمة ثم تزوج أختها ، ثبت نكاحها وحرمت الأمة ، لأن الوطء بفراش النكاح أقوى من ملك اليمين ، ولو تقدم النكاح ، حرم عليه الوطء بالملك ، لأنه أضعف الفراشين ؛

القاعدة السابعة والثلاثون

« يغتفر فى الوسائل مالايغتفر فى المقاصد »

ومن ثم جزم بمنع توقيت الضمان ، وجرى فى الكفالة خلاف ، لأن الضمان التزام المقصود ، وهو المال والكفالة التزام للوسيلة ويغتفر فى الوسائل مالايغتفر فى المقاصد

وكذلك لم تختلف الأمة فى إيجاب النية للصلاة واختلفوا فى الوضوء

القاعدة الثامنة والثلاثون

« الميسور لا يسقط بالمعسور »

قال ابن السبكى : وهى من أشهر القواعد المستنبطة من قوله صلى الله عليه وسلم «إذا أمرتكم بأمر فائتوا منه ما استطعتم» :

وبها رد أصحابنا على أبى حنيفة قوله «إن العريان يصلى قاعدا» فقالوا : إذا لم يتيسر ستر العورة فلم يسقط القيام المفروض ؟

وذكر الإمام أن هذه القاعدة من الأصول الشائعة التى لا تكاد تنسى ما أقيمت أصول الشريعة :

وفروعها كثيرة :

منها : إذا كان مقطوع بعض الأطراف يجب غسل الباقى جزما :

ومنها : القادر على بعض السترة يستر به القدر الممكن جزما :

ومنها : القادر على بعض الفاتحة يأتى به بلا خلاف .

ومنها : إذا لم يمكنه رفع اليدين فى الصلاة إلا بالزيادة على القدر المشروع أو نقص أتى بالممكن :

ومنها : إذا كان محدثا وعليه نجاسة ، ولم يجد إلا ما يكفى أحدهما ، عليه غسل النجاسة قطعا .

ومنها : لو عجز عن الركوع والسجود دون القيام لزمه بلا خلاف عندنا ؛

ومنها : نقل العراقيون عن نص الشافعى أن الأخرس يلزمه أن يحرك لسانه بدلا عن تحريكه إياه بالقراءة كالايماء بالركوع والسجود :

ومنها : لو خاف الجنب من الخروج من المسجد ووجد غير تراب المسجد وجب عليه التيمم كما صرح به فى الروضة ووجه بأن أحد الطهورين التراب : وهو ميسور فلا يسقط بالمعسور :

ومنها : واجد ماء لا يكفيه لحدثه أو نجاسته فالأظهر وجوب استعماله :

ومنها : واجد تراب لا يكفيه فالمذهب القطع بوجوب استعماله :

ومنها : من بجسده جرح يمنعه استيعاب الماء والمذهب القطع بوجوب غسل الصحيح مع التيمم عن الجريح :

ومنها : المقطوع العضد من المرفق يجب غسل رأس عظم العضد على المشهور :

ومنها واجد بعض الصاع فى الفطرة يلزمه إخراجه فى الأصح :

ومنها : لو أعتق نصيبه وهو موسر ببعض نصيب شريكه فالأصح السراية إلى القدر الذى أيسر به :

ومنها: لو انتهى فى الكفارة إلى الاطعام فلم يجد إلا إطعام ثلاثين مسكينا : فالأصح وجوب إطعامهم وقطع به الامام ؛

ومنها : لو قدر على الانتصاب وهو فى حد الراكعين فالصحيح أنه يقف كذلك ؛

ومنها : من ملك نصابا بعضه عنده وبعضه غائب ، فالأصح أنه يخرج عما فى يده فى الحال .

ومنها : المحدث الفاقد للماء إذا وجد ثلجا أو بردا ، قيل : يجب استعماله ، فيتيمم عن الوجه واليدين ، ثم يمسح به الرأس ثم يتيمم عن الرجلين ، ورجحه النووى فى شرح المهذب ، نظرا للقاعدة ، والمذهب أنه لا يجب :

ومنها : إذا أوصى بعتق رقاب ، فلم يوجد إلا اثنان وشقص ، ففى شراء الشقص ، وجهان أصحهما عند الشيخين : لا ، وخالفهما ابن الرفعة والسبكى نظرا للقاعدة .

تنبيه

خرج عن هذه القاعدة مسائل :

منها : واجد بعض الرقبة فى الكفارة ، لا يعتقها ، بل ينتقل إلى البدل بلا خلاف ؛

ووجه بأن إيجاب بعض الرقبة مع صوم الشهرين ، جمع بين البدل والمبدل وصيام شهر مع عتق نصف الرقبة فيه تبعيض الكفارة ، وهو ممتنع وبأن الشارع قال (فمن لم يجد) وواجد بعض الرقبة لم يجد رقبة ؛

فلو قدر على البعض ولم يقدر على الصيام ولا الإطعام ، فثلاثة أوجه لابن القطان .

أحدها : يخرجه ويكفيه ؛

والثانى : يخرجه ويبقى الباقى فى ذمته .

والثالث : لا يخرجه ؛

ومنها : القادر على صوم بعض يوم دون كله ، لا يلزمه إمساكه ؛

ومنها : إذا وجد الشفيع بعض ثمن الشقص ، لا يأخذ قسطه من الشقص ؛

ومنها : إذا أوصى بثلثه يشترى به رقبة ، فلم يف بها ، لا يشترى شقص ؛

ومنها : إذا اطلع على عيب ولم يتيسر له الرد ولا الإشهاد ، لا يلزمه التلفظ بالفسخ ، فى الأصح ؛

القاعدة التاسعة والثلاثون

« ما لا يقبل التبعيض ، فاختيار بعضه كاختيار كله ، وإسقاط بعضه كإسقاط كله » .

ومن فروعها :

إذا قال : أنت طالق نصف طلقة أو بعضك طالق ، طلقت طلقة .

ومنها : إذا عفا مستحق القصاص عن بعضه أو عفا بعض المستحقين ، سقط كله .

ومنها : إذا عفا الشفيع عن بعض حقه ، فالأصح سقوط كله ، والثانى لايسقط شىء لأن التبعيض تعذر ، وليست الشفعة مما يسقط بالشبهة ، ففارقت القصاص والطلاق .

ومنها : عتق بعض الرقبة أو عتق بعض المالكين نصيبه وهو موسر .

ومنها : هل للإمام إرقاق بعض الأسير ؟ فيه وجهان ، فان قلنا لا ، فضرب الرق على بعضه رق كله .

قال الرافعى : وكان يجوز أن يقال : لايرق شىء ، وضعفه ابن الرفعة بأن فى إرقاق كله درء القتل ، وهو يسقط بالشبهة كالقصاص ، ثم وجهه بنظيره من الشفعة .

ومنها : إذا قال : أحرمت بنصف نسك ، انعقد بنسك كالطلاق كما فى زوائد الروضة ولا نظير لها فى العبادات .

ومنها : إذا اشترى عبدين فوجد بأحدهما عيبا ، لم يجز إفراده بالرد ، فلو قال رددت المعيب منهما ، فالأصح لايكون ردا لهما ، وقيل يكون .

ومنها : حد القذف ، ذكر الرافعى فى باب الشفعة أن بالعفو عن بعضه لايسقط شىء منه ، واستشهد به للوجه القائل بمثله فى الشفعة ، وتبعه جماعة آخرهم السبكى .

قال ولده ، ولم يذكر المسألة فى باب حد القاذف ، وإنما ذكر فيه مسألة عفو بعض الورثة ، وفيها الأوجه المشهورة . أصحها : أن لمن بقى استيفاء جميعه وهو يؤيد أن حد القذف لايتبعض .

قال : وفيه نظر فانه جلدات معروفة العدد ولا ريب فى أن الشخص لو عفا بعد جلد بعضها سقط مابقى منها فكذلك إذا أسقط منها فى الابتداء قدرا معلوما .

تنبيه

حيث جعلنا اختيار البعض اختيارا للكل فهل هو بطريق السراية أولا ، بل اختياره للبعض نفس اختياره للكل ؟ فيه خلاف مشهور فى تبعيض الطلاق وطلاق البعض وعتق البعض وإرقاق البعض .

ضابط

لايزيد البعض على الكل إلا فى مسئلة واحدة وهى :

إذا قال : أنت على كظهر أمى فانه صريح ، ولو قال : أنت على كأمى لم يكن صريحا .

القاعدة الأربعون

« إذا اجتمع السبب أو الغرور والمباشرة ، قدمت المباشرة »

من فروعها :

لو أكل المالك طعامه المغصوب جاهلا به فلا ضمان على الغاصب في الأظهر .

وكذا لو قدمه الغاصب للمالك على أنه ضيافة فأكله ، فان الغاصب يبرأ .

ولو حفر بئرا فرداه فيها آخر أو أمسكه ، فقتله آخر ، أو ألقاه من شاهق فتلقاه آخر فقده ، فالقصاص على المردى والقاتل والقاد فقط .

تنبيه

يستثنى من القاعدة صور :

منها : إذا غصب شاة وأمر قصاباً بذبحها ، وهو جاهل بالحال ، فقرار الضمان على الغاصب قطعا ، قاله في الروضة .

ومنها : إذا استأجره لحمل طعام فسلمه زائدا ، فحمله المؤجر جاهلا فتلفت الدابة ضمنها المستأجر في الأصح .

ومنها : إذا أفتاه أهل للفتوى بإتلاف ثم تبين خطؤه ، فالضمان على المفتي .

ومنها : قتل الجلاد بأمر الامام ظلما وهو جاهل ، فالضمان على الامام .

ومنها : وقف ضيعة على قوم ، فصرفت غلتها إليهم ، فخرجت مستحقة ، ضمن الواقف ، لتغريره .

الكتاب الثالث

في القواعد المختلف فيها ولا يطلق الترجيح ، لاختلافه في الفرع

وهي عشرون قاعدة :

القاعدة الأولى

الجمعة : ظهر مقصورة ، أو صلاة على حيالها ؟ قولان : ويقال : وجهان .

قال في شرح المهذب : ولعلهما مستنبطان من كلام الشافعي ، فيصح تسميتهما قولين ووجهين . والترجيح فيهما مختلف في الفروع المبنية عليهما :

منها : لو نوى بالجمعة الظهر المقصورة . قال صاحب التقريب : إن قلنا : هي صلاة على حيالها ، لم يصح . بل لابد من نية الجمعة ، وإن قلنا : ظهر مقصورة ، فوجهان .

أحدهما : تصح جمعته ، لأنه نوى الصلاة على حقيقتها ؛

والثانى : لا ؛ لأن مقصود النيات التمييز ، فوجب التمييز بما يخص الجمعة ؛

ولو نوى الجمعة ، فان قلنا : صلاة مستقلة أجزأته ، وإن قلنا : ظهر مقصورة ، فهل يشترط نية القصر ؟ فيه وجهان ؛ الصحيح : لا ، انتهى ؛

والأصح فى هذا الفرع أنها صلاة مستقلة ؛

ومنها : لو اقتدى مسافر فى الظهر بمن يصلى الجمعة ، فان قلنا : ظهر مقصورة فله القصر ، وإلا لزمه الإتمام ، وهو الأصح ؛

ومنها : هل له جمع العصر إليها ، لو صلاها وهو مسافر ؟

قال العلائى : يحتمل تخريجه على هذا الأصل . فان قلنا : صلاة مستقلة ، لم يجز ، وإلا جاز ؛

قلت : ينبغى أن يكون الأصح : الجواز ؛

ومنها : إذا خرج الوقت فيها ، فهل يتمونها ظهرا ، بناء ، أو يلزم الاستئناف ؟ قولان ؛ قال الرافعى : مبنيان على الخلاف ، فى أن الجمعة ظهر مقصورة ، أو صلاة على حيالها ؛ إن قلنا : بالأول ، جاز البناء ، وإلا فلا . والأصح جواز البناء ؛

فقد رجح فى هذا الفرع أنها ظهر مقصورة ؛

ومنها : لو صلوا الجمعة خلف مسافر ، نوى الظهر قاصرا . فان قلنا : هى ظهر مقصورة ، صحت قطعا ، وإن قلنا : صلاة مستقلة ، جرى فى الصحة خلاف ؛

القاعدة الثانية

الصلاة خلف المحدث المجهول الحال ؛ إذا قلنا بالصحة ، هل هى صلاة جماعة وإنفراد ؟ وجهان . والترجيح مختلف ؛ فرجح الأول فى فروع :

منها : لو كان فى الجمعة ، وتم العدد بغيره ، إن قلنا : صلاتهم جماعة صحت ، وإلا فلا . والأصح الصحة :

ومنها : حصول فضيلة الجماعة ، والأصح : تحصل ؛

ومنها : لوسها ، أوسهوا ، ثم علموا حدثه قبل الفراغ ، وفارقوه . إن قلنا : صلاتهم جماعة سجدوا لسهو الامام لا لسهوهم ، وإلا فبالعكس ؛ والأصح : الأول ؛

ورجح الثانى فى فروع :

منها : إذا أدركه المسبوق فى الركوع ، إن قلنا : صلاة جماعة ، حسبت له الركعة وإلا فلا ؛ والصحيح : عدم الحسبان ؛

القاعدة الثالثة

قال الأصحاب : من أتى بما ينافى الفرض دون النفل ، فى أول فرض ، أو أثنائه بطل فرضه ، وهل تبقى صلاته نفلا ، أو تبطل ؟ فيه قولان ، والترجيح مختلف ، فرجح الأول فى فروع :

منها : إذا أحرم بفرض فأقيمت جماعة ، فسلم من ركعتين ، ليدركها ، فالأصح : صحتها نفلا .

ومنها : إذا أحرم بالفرض قبل وقته جاهلا ، فالأصح : الانعقاد نفلا .

ومنها : إذا أتى بتكبيرة الاحرام ، أو بعضها فى الركوع جاهلا فالأصح : الانعقاد نفلا .

ورجح الثانى فى الصورتين إذا كان عالما ، وفيما إذا قلب فرضه إلى فرض آخر ، أو إلى نفل بلا سبب .

وفيما إذا وجد المصلى قاعدا خفة فى صلاته ، وقدر على القيام ، فلم يقم .

وفيما إذا أحرم القادر على القيام بالفرض قاعدا .

القاعدة الرابعة

النذر : هل يسلك به مسلك الواجب ، أو الجائز ؟ قولان : والترجيح مختلف فى الفروع :

فمنها : نذر الصلاة ، والأصح فيه الأول ، فيلزمه ركعتان ، ولا يجوز القعود مع القدرة ولا فعلهما على الراحلة ، ولا يجمع بينها وبين فرض ، أو نذر آخر بتيمم .

ولو نذر بعض ركعة ، أو سجدة : لم ينعقد نذره ، على الأصح ، فى الجميع .

ومنها : نذر الصوم ، والأصح فيه : الأول ، فيجب التبييت ، ولا يجزى إمساك بعض يوم ، ولا ينعقد نذر بعض يوم .

ومنها : إذا نذر الخطبة فى الاستسقاء ، ونحوه ، والأصح فيها : الأول ، حتى يجب فيها القيام عند القدرة .

ومنها : نذر أن يكسو يتيما ، والأصح فيه : الأول ، فلا يخرج عن نذره بيتيم ذمى .

ومنها : نذر الأضحية ، والأصح فيها : الأول فيشترط فيها السن ، والسلامة من العيوب .

ومنها : نذر الهدى ، ولم يسم شيئا ، والأصح فيه : الأول ، فلا يجزىء إلا ما يجزىء فى الهدى الشرعى ، ويجب إيصاله إلى الحرم .

ومنها : الحج ، والأصح فيه : الأول : فلو نذره معضوب ، لم يجز أن يستنيب صبيا أو عبدا ، أو سفيها بعد الحجر ، لم يجز للولى منعه ؛

ومنها : نذر إتيان المسجد الحرام، والأصح فيه: الأول. فلزم إتيانه بحج ، أوعمرة.

ومنها : الأكل من المنذورة ، والأصح فيه : أنه إن كان فى معينة ، فله الأكل ، أو فى الذمة فلا .

ومنها : العتق ، والأصح فيه : الثانى ، فيجزئ عتق كافر ، ومعيب .

ومنها : لو نذر أن يصلى ركعتين ، فصلى أربعا بتسليمة بتشهد ، أو تشهدين ، والأصح فيه : الثانى ، فيجزيه .

ومنها : لو نذر أربع ركعات ، فأداها بتسليمتين ، والأصح فيه : الثانى ، فتجزيه .

قال فى زوائد الروضة : والفرق بينهما وبين سائر المسائل المخرجة على الأصل غاية وقوع الصلاة ، وزيادة فضلها .

ومنها : نذر القربات التى لم توضع لتكون عبادة ، وإنما هى أعمال ، وأخلاق مستحسنة ، رغب الشرع فيها ، لعموم فائدتها ، كعيادة المريض ، وإفشاء السلام ، وزيارة القادمين ، وتشميت العاطس ، وتشييع الجنائز ، والأصح فيها : الثانى ، فتلزم بالنذر وعلى مقابله : لا تلزم . لأن هذه الأمور لا يجب جلسها بالشرع .

ومنها : لو نذر صوم يوم معين ، والأصح فيه الثانى . فلا يثبت له خواص رمضان من الكفارة بالجماع فيه ، ووجوب الامساك لو أفطر فيه ، وعدم قبول صوم آخر من قضاء ، أو كفارة ، بل لو صامه عن قضاء أو كفارة : صح ؛

وفى التهذيب وجه : أنه لا ينعقد ، كأيام رمضان .

ومنها : نذر الصلاة قاعدا ، والأصح فيه الثانى : فلا يلزمه القيام عند القدرة :

قال الامام : وقد جزم الأصحاب فيما لو قال : على أن أصلى ركعة واحدة بأنه لا يلزمه إلا ركعة ، ولم يخرجوه على الخلاف وتكلفوا بينهما فرقا ؛

قال ولا فرق ، فيجب تنزيله ، على الخلاف ؛

ومثله : لو أصبح ممسكا ، فنذر الصوم يومه فى لزوم الوفاء قولان بناء على الأصل المذكور فانه بالإضافة إلى واجب الشرع بمنزلة الركعة بالإضافة إلى أقل واجب الصلاة قال الامام : والذى أراه اللزوم وأقره الشيخان فعلى هذا يكون المصحح فيه الثانى .

ومنها : إذا نذر صوم الدهر فلزمته كفارة والأصح فيه : الثانى ؛ فيصوم عنها ويفدى عن النذر وعلى الآخر : لا ؛ بل هو كالعاجز عن جميع الخصال ؛

وما يصلح أن يعد من فروع القاعدة :

لو نذر الطواف لم يجزه إلا اسبعة أشواط ولا يكفى طوفة واحدة وإن كان يجوز التطوع بها كما ذكر فى الخادم : تنزيلا لها منزلة الركعة لا السجدة منها ؛

ومما سلك بالنذر فيه مسلك الجائز : الطواف المنذور ، فانه تجب فيه النية ، كما تجب في النفل ولا تجب في الفرض لشمول نية الحج والعمرة له وهذا المعنى منتف في النفل والنذر

ولو نذر صلاة : لم يؤذن لها ، ولا يقيم ؛ ولم يحكوا فيه خلافا وكأن السبب فيه أن الأذان حق الوقت على الجديد ، وحق المكتوبة على القديم ، وحق الجماعة على رأيه ؛ في الاملاء والثلاثة منتفية في المنذورة .

على أن صاحب الذخائر قال : إن المنذورة يؤذن لها ويقيم إذا قلنا سلك بالمنذور واجب الشرع لكن قال في شرح المهذب : إنه غلط منه وأن الأصحاب اتفقوا على خلافه

وخرج النذر عن الفرض والنفل معا ، في صورة ، وهي :

ما إذا نذر القراءة ، فانه تجب نيتها ، كما نقله القمولى في الجواهر ، مع أن قراءة النفل لا نية لها ، وكذا القراءة المفروضة في الصلاة ؛

القاعـدة الخامسة

« هل العبرة بصيغ العقود ، أو بمعانيها ؟ »

خلاف والترجيح مختلف في الفروع :

فمنها : إذا قال : اشتريت منك ثوبا ، صفته كذا ، بهذه الدراهم ؛ فقال : بعتك ؛ فرجح [الشيخان : أنه ينعقد بيعا ، اعتبارا باللفظ ، والثاني — ورجحه السبكي — سلما ، اعتبارا بالمعنى

ومنها : إذا وهب بشرط الثواب ، فهل يكون بيعا اعتبارا بالمعنى ، أو هبة اعتبارا باللفظ ؟ الأصح الأول

ومنها : بعتك بلا ثمن ، أو لا ثمن لى عليك . فقال : اشتريت وقبضه ، فليس بيعا وفي انعقاده هبة قولا تعارض اللفظ ، والمعنى .

ومنها : إذا قال : بعتك ، ولم يذكر ثمنا فان راعينا المعنى انعقد هبة ، أو اللفظ ، فهو بيع فاسد.

ومنها : إذا قال : بعتك : إن شئت ، إن نظرنا إلى المعنى صح ، فانه لو لم يشأ لم يشتر ، وهو الأصح ، وإن نظرنا إلى لفظ التعليق بطل .

ومنها : لو قال أسلمت إليك هذا الثوب في هذا العبد ، فليس بسلم قطعا ، ولا ينعقد بيعا على الأظهر . لاختلال اللفظ ، والثاني : نعم ، نظرا إلى المعنى ؛

ومنها : إذا قال لمن عليه الدين : وهبته منك ، ففي اشتراط القبول ؛ وجهان ،

أحدهما : يشترط اعتبارا بلفظ الهبة ؛

والثاني : لا ؛ اعتبارا بمعنى الابراء وصححه الرافعي في كتاب الصداق ؛

ومنها : لو صالحه من ألف في الذمة على خمسمائة في الذمة ، صح وفي اشتراط القبول وجهان ؛

قال الرافعي : الأظهر اشتراطه .

قيل وقد يقال إنه مخالف لما صححه في الهبة ، وليس كذلك فقد قال السبكي ، إن اعتبرنا اللفظ اشترط القبول في الهبة والصلح وإن اعتبرنا المعنى اشترط في الهبة دون الصلح

ومنها : إذا قال : أعتق عبدك عني بألف هل هو بيع أو عتق بعوض ؟ وجهان .

فائدتهما إذا قال : أنت حر غدا على ألف ، إن قلنا بيع فسد ولا تجب قيمة العبد وإن قلنا عتق بعوض صح ووجب المسمى ، ذكرها الهروى وشريح في أدب القضاء .

ومنها : إذا قال خالعتك ولم يذكر عوضا ، قال الهروى فيه قولان بناء على القاعدة أحدهما : لا شيء .

والثاني : خلع فاسد يوجب مهر المثل ، وهو المصحح في المنهاج ، على كلام فيه سيأتي في مبحث التصريح والكناية .

ومنها : لو قال : خذ هذه الألف مضاربة ، ففي قول إبضاع لا يجب فيه شيء ، وفي آخر مضاربة فاسدة توجب المثل .

ومنها : الرجعة بلفظ النكاح ، فيها خلاف خرجه الهروى على القاعدة ، والأصح ، صحتها به .

ومنها : لو باع المبيع للبائع قبل قبضه بمثل الثمن الأول ، فهو إقالة بلفظ البيع ذكره صاحب التتمة وخرجه السبكي على القاعدة .

قال : ثم رأيت التخريج للقاضي حسين : قال إن اعتبرنا اللفظ لم يصح ، وإن اعتبرنا المعنى فإقالة .

ومنها : إذا قال استأجرتك لتتعهد نخلي بكذا من ثمرتها ، فالأصح أنه إجارة فاسدة نظرا إلى اللفظ وعدم وجود شرط الإجارة ، والثاني أنه يصح مساقاة ، نظرا إلى المعنى

ومنها : لو تعاقدا في الاجارة بلفظ المساقاة فقال ، ساقيتك على هذه النخيل مدة كذا بدراهم معلومة فالأصح أنه مساقاة فاسدة نظرا إلى اللفظ وعدم وجود شرط المساقاة إذ من شرطها أن لا تكون بدراهم ، والثاني تصح إجارة نظرا إلى المعنى .

ومنها : إذا عقد بلفظ الاجارة على عمل في الذمة ، فالصحيح اعتبار قبض الأجرة في المجلس لأن معناه معنى السلم وقيل لا ، نظرا إلى لفظ الاجارة .

ومنها : لو عقد الاجارة بلفظ البيع فقال : بعتك منفعة هذه الدار شهرا ، فالأصح لا ينعقد نظرا إلى اللفظ : وقيل ينعقد نظرا إلى المعنى .

ومنها : إذا قال : قارضتك على أن كل الربح لك فالأصح أنه قراض فاسد رعاية للفظ والثاني قراض صحيح رعاية للمعنى .

وكذا لو قال على أن كله لي ، فهل هو قراض فاسد أو إبضاع ؟ الأصح الأول .

وكذا لو قال : أبضعتك على أن نصف الربح لك ؟ فهل هو إبضاع ؟ أو قراض ؟ فيه الوجهان ؛

ومنها : إذا وكله أن يطلق زوجته طلاقا منجزا وكانت قد دخلت الدار فقال لها : إن كنت دخلت الدار فأنت طالق ، فهل يقع الطلاق ؟ فيه وجهان ، لأنه منجز من حيث المعنى معلق من حيث اللفظ ؛

ومنها : إذا اشترى جارية بعشرين وزعم أن الموكل أمره ، فأنكر ، يتلطف الحاكم بالموكل ليبيعها له ، فلو قال إن كنت أمرتك بعشرين فقد بعتكها بها ، فالأصح الصحة نظرا إلى المعنى لأنه مقتضى الشرع : والثانى لا ، نظرا إلى صيغة التعليق ؛

ومنها : إذا قال لعبد بعتك نفسك بكذا ، صح وعتق فى الحال ولزمه المال فى ذمته نظرا للمعنى ، وفى قول لا يصح نظرا إلى اللفظ .

ومنها : إذا قال : إن أديت لى ألفا فأنت حر ، فقيل : كتابة فاسدة ، وقيل معاملة صحيحة .

ومنها : إذا قصد بلفظ الاقالة البيع ، فقيل يصح بيعا نظرا للمعنى ، وقيل لا يصح نظرا إلى اختلال اللفظ ؛

ومنها : إذا قال ضمنت مالك على فلان بشرط أنه برىء ، ففى قول إنه ضمان فاسد نظرا إلى اللفظ وفى قول ، حوالة بلفظ الضمان نظرا إلى المعنى والأصح الأول ؛

ومنها : لو قال أحلتك بشرط أن لا أبرأ ، ففيه القولان والأصح : فساده ؛

ومنها : البيع من البائع قبل القبض ، قيل يصح ويكون فسخا اعتبارا بالمعنى والأصح لا ، نظرا إلى اللفظ .

ومنها : إذا وقف على قبيلة غير منحصرة ، كبنى تميم مثلا وأوصى لهم ، فالأصح الصحة اعتبارا بالمعنى ، ويكون المقصود الجهة لا الاستيعاب كالفقراء والمساكين ؛

والثانى لا يصح اعتبارا باللفظ ، فانه تمليك لمجهول .

ومنها : إذا قال : خذ هذا البعير ببعيرين ، فهل يكون قرضا فاسدا نظرا إلى اللفظ أو بيعا نظرا إلى المعنى وجهان ؛

ومنها لو ادعى الابراء فشهد له شاهدان أنه وهبه ذلك أو تصدق عليه ، فهل يقبل نظرا إلى المعنى أو لا نظرا إلى اللفظ ؟ وجهان .

ومنها : هبة منافع الدار هل تصح وتكون إعارة نظرا إلى المعنى أو لا ؟ وجهان حكاهما الرافعى فى الهبة من غير ترجيح ورجح البلقينى أنه تمليك منافع الدار وأنه لا يلزم إلا ما استهلك من المنافع ؛

ومنها : لو قال : اذا دخلت الدار فأنت طالق ، فهل هو حلف نظرا إلى المعنى ، لأنه

تعلق به منع أو لا نظرا إلى اللفظ لكون «إذا» ليست من ألفاظه لما فيه من التأقيت بخلاف «إن» وجهان ، الأصح الأول ؛

ومنها : لو وقف على دابة فلان ، فالأصح البطلان نظرا إلى اللفظ ، والثانى يصح نظرا إلى المعنى ويصرف فى علفها ؛

فلو لم يكن لها مالك - بأن كانت وقفا - فهل يبطل نظرا للفظ أو يصح نظرا للمعنى وهو الإنفاق عليها إذ هو من جملة القرب؟ وجهان ، حكاهما ابن الوكيل .

القاعدة السادسة

« العين المستعارة للرهن ؛ هل المغلب فيها جانب الضمان أو جانب العارية ؟ قولان »

قال فى شرح المهذب والترجيح مختلف فى الفروع ؛

فمنها : هل للمعير الرجوع بعد قبض المرتهن إن قلنا عارية : نعم أو ضمان فلا وهو الأصح ؛

ومنها : الأصح اشتراط معرفة المعير جنس الدين وقدره وصفته بناء على الضمان ؛

والثانى : لا بناء على العارية ؛

ومنها : هل له إجبار المستعير على فك الرهن إن قلنا له الرجوع فلا وإن قلنا لا فله ذلك على القول بالعارية وكذا على القول بالضمان إن كان حالا بخلاف المؤجل كمن ضمن دينا مؤجلا لا يطالب الأصيل بتعجيله لتبرأ ذمته ؛

ومنها : إذا حل الدين وبيع فيه فان قلنا عارية ، رجع المالك بقيمته أو ضمان ، رجع بما بيع به سواء كان أقل أو أكثر وهو الأصح ؛

ومنها : لو تلف تحت يد المرتهن ضمنه الراهن على قول العارية ، ولا شىء على قول الضمان لا على الراهن ولا على المرتهن ؛

والأصح فى هذا الفرع أن الراهن يضمنه كذا قال النووى إنه المذهب فقد صحح هنا قول العارية ؛

ومنها : لو جنى فبيع فى الجناية فعلى قول الضمان : لا شىء على الراهن ؛ وعلى قول العارية : يضمن ؛

ومنها : لو أعتقه المالك ؛ فان قلنا : ضمان فهو كإعتاق المرهون ؛ قاله فى التهذيب ؛ وإن قلنا عارية : صح وكان رجوعا ؛

ومنها : لو قال : ضمنت مالك عليه فى رقبة عبدى هذا ؛ قال القاضى حسين : يصح ذلك على قول الضمان ويكون كالاعارة للرهن ؛

تنبيه

عبر كثيرون بقولهم : هل هو ضمان أو عارية ، وقال الامام : العقد فيه شائبة من هذا وشائبة من هذا ؛ وليس القولان فى تمحض كل منهما بل هما فى أن المغلب منهما ماهو فلذلك عبرت به وكذا فى القواعد الآتية .

القاعدة السابعة

« الحوالة هل هى بيع أو استيفاء ؛ خلاف »

قال فى شرح المهذب : والترجيح مختلف فى الفروع :

فنها : ثبوت الخيار فيها ، الأصح : لا ، بناء على أنها استيفاء ، وقيل : نعم بناء على أنها بيع ؛

ومنها : لو اشترى عبدا بمائة ، وأحال البائع بالثمن على رجل ، ثم رد العبد بعيب ، أو تحالفا أو إقالة ونحوها ، فالأظهر البطلان ، بناء على أنها استيفاء ؛ والثانى : لا ، بناء على أنها بيع ؛

ومنها : الثمن فى مدة الخيار فى جواز الحوالة به وعليه ، وجهان ؛ قال فى التتمة : إن قلنا : استيفاء جاز ، أو بيع : فلا ؛ كالتصرف فى البيع فى زمن الخيار ، والأصح : الجواز ؛

ومنها : لو احتال ، بشرط أن يعطيه المحال عليه رهنا أو يقيم له ضامنا فوجهان ، إن قلنا : بأنها بيع ، جاز ، أو استيفاء ، فلا ؛ والأصح : الثانى ؛

ومنها : لو أحال على من لا دين عليه برضاه ، فالأصح : بطلانها ، بناء على أنها بيع والثانى : يصح ، بناء على أنها استيفاء ؛

ومنها : فى اشتراط رضى المحال عليه ، إذا كان عليه دين : وجهان ؛ إن قلنا : بيع ، لم يشترط ، لأنه حق المحيل ، فلا يحتاج فيه إلى رضى الغير ، وإن قلنا : استيفاء اشترط ، لتعذر إقراضه من غير رضاه ؛ والأصح : عدم الاشتراط ؛

ومنها : نجوم الكتابة فى صحة الحوالة بها ، وعليها أوجه :

أحدها : الصحة ، بناء على أنها استيفاء ؛

والثانى : المنع ، بناء على أنها بيع ؛

والأصح : وجه ثالث ، وهو الصحة بها ، لا عليها ؛ لأن للمكاتب أن يقضى حقه باختياره ، والحوالة عليه : تؤدى إلى إيجاب القضاء عليه بغير اختياره ؛ وفى الوسيط : وجه بعكس هذا ، والأوجه جارية فى المسلم فيه .

ومنها : قال المتولى : لو أحال من عليه الزكاة الساعى : جاز ؛ إن قلنا : استيفاء ؛ وإن قلنا : بيع ، فلا ؛ لامتناع أخذ العوض عن الزكاة .

ومنها : لو خرج المحال عليه مفلسا ، وقد شرط يساره ، فالأصح : لارجوع له ، بناء على أنها استيفاء : والثانى : نعم ، بناء على أنها بيع ؛

ومنها : لو قال رجل لمستحق الدين : احتل على بدينك الذى فى ذمة فلان ، على أن تبرئه ، فرضى واحتال ، وأبرأ المدين : فقيل : يصح ، وقيل : لا ، بناء على أنها استيفاء إذ ليس للأصيل دين فى ذمة المحال عليه ، ذكره فى السلسلة ؛

ومنها : لو أحال أحد المتعاقدين الآخر فى عقد الربا ، وقبض فى المجلس : فان قلنا : استيفاء : جاز ، أو بيع : فلا ، والأصح المنع ، كما نقله السبكى فى تكملة شرح المهذب عن النص والأصحاب ؛

القاعـــدة الثامنة

« الإبراء ، هل هو إسقاط ، أو تمليك ؟ قولان »

والترجيح مختلف فى الفروع :

فمنها : الإبراء مما يجهله المبرىء ، والأصح فيه التمليك ، فلا يصح ؛

ومنها : إبراء المبهم : كقوله لمدينيه : أبرأت أحدكما ؛ والأصح فيه التمليك ، فلا يصح كما لو كان له فى يد كل واحد عبد ، فقال : ملكت أحدكما العبد الذى فى يده ، لا يصح ؛

ومنها : تعليقه ، والأصح فيه التمليك فلا يصح .

ومنها : لو عرف المبرىء قدر الدين ، ولم يعرفه المبرأ : والأصح فيه : الإسقاط ؛ كما فى الشرح الصغير ، وأصل الروضة فى الوكالة ، فيصح ؛

ومنها : اشتراط القبول ، والأصح فيه الأسقاط ، فلا يشترط ؛

ومنها : ارتداده بالرد ، والأصح فيه الاسقاط : فلا يصح ؛

ومنها : لو كان لأبيه دين على رجل ، فأبرأه منه ، وهو لايعلم موت الأب ، فبان ميتا : فان قلنا : إسقاط صح جزما ، أو تمليك ، ففيه الخلاف فيمن باع مال مورثه ، ظانا حياته ، فبان ميتا ؛

ومنها : إذا وكل فى الإبراء ، فالأصح اشتراط علم الموكل بقدره ، دون الوكيل ، بناء على أنه إسقاط ، وعلى التمليك عكسه ، كما لو قال : بع بما باع به فلان فرسه ، فانه يشترط لصحة البيع علم الوكيل ، دون الموكل ؛

ومنها : لو وكل المدين ليبرىء نفسه ، صح على قول الأسقاط ، وهو الأصح ، وجزم به الغزالى ، كما لو وكل العبد فى العتق والمرأة فى طلاق نفسها ؛ ولا يصح على قول التمليك ، كما لو وكله ليبيع من نفسه ؛

ومنها : لو أبرأ ابنه عن دينه ، فليس له الرجوع ، على قول الاسقاط ، وله ، على التمليك ، ذكره الرافعى ، وقال النووى : ينبغى أن لايكون له رجوع على القولين ، كما لايرجع إذا زال الملك عن الموهوب ،

القاعدة التاسعة

« الإقالة ، هل هى فسخ ، أوبيع ؟ قولان »

والترجيح مختلف فى الفروع :

فمنها : لو اشترى عبدا كافرا من كافر فأسلم ، ثم أراد الاقالة ، فان قلنا : بيع ، لم يجز ، أو فسخ ، جاز ، كالرد بالعيب فى الأصح ،

ومنها : الأصح عدم ثبوت الخيارين فيها ، بناء على أنها فسخ ، والثانى : نعم ، بناء على أنها بيع ،

ومنها : الأصح لايتجدد حق الشفعة ، بناء على أنها فسخ ، والثانى : نعم ، بناء على أنها بيع ،

ومنها : إذا تقايلا فى عقود الربا ، يجب التقابض فى المجلس ، بناء على أنها بيع ، ولا يجب ، بناء على أنها فسخ ، وهو الأصح ،

ومنها : تجوز الاقالة قبل القبض ، إن قلنا : فسخ ، وهو الأصح ، وإن قلنا : بيع فلا .

ومنها : تجوز فى السلم قبل القبض ، إن قلنا : فسخ ، وهو الأصح ، وإن قلنا : بيع فلا .

ومنها : لو تقايلا بعد تلف المبيع جاز ، إن قلنا : فسخ ، وهو الأصح . ويرد مثل المبيع أو قيمته ، وإن قلنا : بيع ، فلا ،

ومنها : لو اشترى عبدين ، فتلف أحدهما : جازت الاقالة فى الباقى ، ويستتبع التالف على قول الفسخ ، وهو الأصح ، وعلى مقابله : لا ،

ومنها : إذا تقايلا واستمر فى يد المشترى ، نفذ تصرف البائع فيه ، على قول الفسخ وهو الأصح ، ولا ينفذ على قول البيع ،

ومنها : لو تلف فى يده بعد التقايل ، انفسخت ، إن كانت بيعا ، وبقى البيع الأصلى بحاله وإن قلنا : فسخ ضمنه المشترى ، كالمستام ، وهو الأصح .

ومنها : لو تعيب فى يده غرم الأرش ، على قول الفسخ ، وهو الأصح : وعلى الآخر يتخير البائع بين أن يجيز ، ولا أرش له ، أو يفسخ ويأخذ الثمن ،

ومنها : لو استعمله بعد الاقالة ، فان قلنا : فسخ ، فعليه الأجرة ، وهو الأصح ، أو بيع ، فلا ،

ومنها : لو اطلع البائع على عيب حدث عند المشترى ، فلا رد له ، إن قلنا : فسخ وهو الأصح ، وإن قلنا : بيع ، فله الرد ؛

القاعدة العاشرة

« الصداق المعين فى يد الزوج قبل القبض مضمون ضمان عقد ، أو ضمان يد ؟ قولان » ؛

والترجيح مختلف فى الفروع :

فمنها : الأصح ، لايصح بيعه قبل قبضه ، بناء على ضمان العقد ؛

والثانى : يصح ، بناء على ضمان اليد ؛

ومنها : الأصح انفساخ الصداق إذا تلف ، أو أتلفه الزوج ، قبل قبضه ، والرجوع إلى مهر المثل ، بناء على ضمان العقد ، والثانى : لا ؛ ويلزم مثله ، أو قيمته ، بناء على ضمان اليد ؛

ومنها : لو تلف بعضه ، انفسخ فيه ، لافى الباقى ؛ بل لها الخيار ؛ فان فسخت رجعت إلى مهر المثل ، على قول ضمان العقد ؛ وهو الأصح ، وإلى قيمة العبدين على مقابله ؛ وإن أجازت رجعت إلى حصة التالف من مهر المثل ، على الأصح ، وإلى قيمته على الآخر ؛

ومنها : لو تعيب فلها الخيار على الصحيح وفى وجه : لاخيار على ضمان العقد ؛ فان [فسخت رجعت إلى مهر المثل على الأصح والبدل على الآخر ؛ وإن أجازت : فلا شىء لها على الأصح كالمبيع قبل القبض ؛ وعلى ضمان اليد لها الأرش ؛

ومنها : المنافع الثابتة فى يده لايضمنها على الأصح بناء على ضمان العقد ؛ ويضمنها بناء على ضمان اليد ؛

ومنها : لو زاد فى يده زيادة منفصلة فللمرأة قطعا بناء على ضمان اليد وعلى ضمان العقد وجهان : كالمبيع ؛

ومنها : لو أصدقها نصابا ، ولم تقبضه حتى حال الحول ؛ وجبت عليها الزكاة فى الأصح ، كالمغصوب ، ونحوه ، وفى وجه : لا ، بناء على ضمان العقد ، كالمبيع قبل القبض ؛

فقد صحح هنا قول ضمان اليد ؛

ومنها : لو كان دينا ، جاز الاعتياض عنه على الأصح ، بناء على ضمان اليد ، وعلى ضمان العقد لايجوز ، كالمسلم فيه ؛

فهذه صورة أخرى صحح فيها قول ضمان اليد ؛

القاعدة الحادية عشرة

« الطلاق الرجعى ، هل يقطع النكاح ، أولا ؟ قولان »

قال الرافعي : والتحقيق أنه لا يطلق ترجيح واحد منهما ، لاختلاف الترجيح فى فروعه :

فمنها : لو وطئها فى العدة وراجع ، فالأصح : وجوب المهر ، بناء على أنه ينقطع .

ومنها : لو مات عن رجعية ، فالأصح : أنها لا تغسله ، والثانى : تغسله ، كالزوجة :

ومنها : لو خالعها ، فالأصح : الصحة ، بناء على أنها زوجة :

ومنها : لو قال : نسائى ، أو زوجاتى : طوالق ، فالأصح : دخول الرجعية فيهن :

تنبيهات

الأول : جزم بالأول ، فى تحريم الوطء والاستمتاعات كلها ، والنظر ، والخلوة ، ووجوب استبرائها ، لو كانت رقيقة واشتراها :

وجزم بالثانى فى الإرث ، ولحوق الطلاق ، وصحة الظهار والإيلاء ، واللعان ، ووجوب النفقة :

الثانى : فى أصل القاعدة قول ثالث ، وهو الوقف ، فان لم يراجعها حتى انقضت العدة تبينا انقطاع النكاح بالطلاق ، وإن راجع ، تبينا أنه لم ينقطع :

ونظير ذلك : الأقوال فى الملك زمن الخيار :

الثالث : يعبر عن القاعدة بعبارة أخرى ، فيقال : الرجعة ، هل هى ابتداء النكاح أو استدامته ؟ فصحح الأول فيما إذا طلق المولى فى المدة ثم راجع ، فانها تستأنف ، ولا تبنى : وصحح الثانى ، فى أن العبد يراجع بغير إذن سيده ، وأنه لا يشترط فيها الاشهاد ، وأنها تصح فى الاحرام :

القاعدة الثانية عشرة

« الظهار ، هل المغلب فيه مشابهة الطلاق ، أو مشابهة اليمين ؟ فيه خلاف »

والترجيح مختلف ، فرجح الأول فى فروع :

منها : إذا ظاهر من أربع نساء بكلمة واحدة ، فقال : أنتن على كظهر أمى ، فاذا أمسكهن لزمه أربع كفارات ، على الجديد ، فان الطلاق لا يفرق فيه بين أن يطلقهن بكلمة ، أو كلمات ، والقديم : كفارة ، تشبيها باليمين ، كما لو حلف لا يكلم جماعة ، لا يلزمه إلا كفارة واحدة .

ونظير هذا : الخلاف فيمن قذف جماعة بكلمة واحدة ، فيحد لكل واحد حدا فى الأظهر والثانى حدا واحدا :

ومنها : هل يصح بالخط ؟ الأصح : نعم ؛ كالطلاق، صرح به الماوردى ، وأفهمه كلام الأصحاب ، حيث قالوا : كل ما استقل به الشخص ، فالخلاف فيه . كوقوع الطلاق بالخط ، وجزم القاضى حسين بعدم الصحة فى الظهار ، كاليمين ، فانها لاتصح إلا باللفظ ؛

ومنها : إذا كرر لفظ الظهار فى امرأة واحدة على الاتصال ، ونوى الاستئناف . فالجديد يلزمه بكل كفارة ، كالطلاق ، والثانى : كفارة واحدة ، كاليمين ؛

ولو تفاصلت ، وقال : أردت التأكيد ، فهل يقبل منه ؟ الأصح : لا ، تشبيها بالطلاق ؛ والثانى : نعم ، كاليمين .

ورجح الثانى فى فروع :

منها : لو ظاهر مؤقتا ، فالأصح الصحة مؤقتا كاليمين ، والثانى : لا ، كالطلاق .

ومنها : التوكيل فيه ، والأصح المنع ، كاليمين ، والثانى : الجواز ، كالطلاق ؛

ومنها : لو ظاهر من إحدى زوجتيه ، ثم قال للأخرى : أشركتك معها ، ونوى الظهار ، فقولان ، أحدهما : يصير مظاهرا منها أيضا ، كما لو طلقها ، ثم قال للأخرى أشركتك معها ؛ ونوى الطلاق ، والثانى : لا ، كاليمين .

القاعدة الثالثة عشرة

« فرض الكفاية ؛ هل يتعين بالشروع ، أولا ؟ فيه خلاف »

رجح فى المطلب : الأول ، والبارزى فى التمييز : الثانى ؛

قال فى الخادم : ولم يرجح الرافعى والنووى شيئا ، لأنها عندهما من القواعد التى لا يطلق فيها الترجيح ، لاختلاف الترجيح فى فروعها :

فنها : صلاة الجنازة ، الأصح تعيينها بالشروع ، لما فى الإعراض عنها من هتك حرمة الميت ؛

ومنها : الجهاد ، ولا خلاف أنه يتعين بالشروع ؛ نعم جرى خلاف فى صورة منه وهى : ما إذا بلغه رجوع من يتوقف غزوه على إذنه ؛ والأصح : أنه تجب المصابرة ، ولا يجوز الرجوع ؛

ومنها : العلم ، فمن اشتغل به وحصل منه طرفا وأنس منه الأهلية ، هل يجوز له تركه أو يجب عليه الاستمرار ؟ وجهان . الأصح : الأول ؛ ووجه بأن كل مسئلة مستقلة برأسها منقطعة عن غيرها ؛

قال العلائى : مقتضى كلام الغزالى : أن الأصح فيما سوى القتال ، وصلاة الجنازة ، من فروض الكفاية : أنها لاتتعين بالشروع ، وينبغى أن يلحق بها غسل الميت وتجهيزه .

قلت : صرح بما اقتضاه كلام الغزالى البارزى فى التمييز .

ولك أن تبدل هذه القاعدة بقاعدة أعم منها . فتقول : فرض الكفاية ، هل يعطى حكم فرض العين ، أو حكم النفل ؟ فيه خلاف ، والترجيح مختلف فى الفروع :

فمنها : الجمع بينه وبين فرض آخر بتيمم : فيه وجهان : والأصح : الجواز .

ومنها : صلاة الجنازة قاعدا مع القدرة . وعلى الراحلة : فيه خلاف : والأصح : المنع . وفرق بأن القيام معظم أركانها ، فلم يجز تركه مع القدرة ، بخلاف الجمع بينها وبين غيرها بالتيمم .

ومنها : هل يجبر عليه تاركه ، حيث لم يتعين ؟ فيه صور مختلفة ، فالأصح الإجبار فى صورة الولى والشاهد إذا دعى للأداء ، مع وجود غيره ، وعدمه فيما إذا دعى للتحمل وفيما إذا امتنع من الخروج معها للتغريب ، وفيما إذا طلب للقضاء ، فامتنع .

القاعدة الرابعة عشرة

« الزائل العائد ، هل هو كالذى لم يزل ، أو كالذى لم يعد ؟ »

فيه خلاف . والترجيح مختلف ، فرجح الأول فى فروع :

منها : إذا طلق قبل الدخول ، وقد زال ملكها عن الصداق وعاد ، تعلق بالعين فى الأصح .

ومنها : إذا طلقت رجعيا . عاد حقها فى الحضانة فى الأصح .

ومنها : إذا تخمر المرهون بعد القبض ، ثم عاد خلا ، يعود رهنا فى الأصح .

ومنها : إذا باع مااشتراه ، ثم علم به عيبا ، ثم عاد إليه بغير رد : فله رده ، فى الأصح .

ومنها : إذا خرج المعجل له الزكاة فى أثناء الحول عن الاستحقاق ، ثم عاد : تجزىء فى الأصح .

ومنها : إذا فاتته صلاة فى السفر ، ثم أقام ، ثم سافر . يقصرها ، فى الأصح .

ومنها : إذا زال ضوء إنسان ، أو كلامه ، أو سمعه ، أو ذوقه ، أوشمه ، أوأفضاها ثم عاد . يسقط القصاص ، والضمان ، فى الأصح .

ورجح الثانى فى فروع :

منها : لو زال الموهوب عن ملك الفرع ، ثم عاد . فلا رجوع للأصل فى الأصح .

ومنها : لو زال ملك المشترى ، ثم عاد وهو مفلس ، فلا رجوع للبائع فى الأصح .

ومنها : لو أعرض عن جلد ميتة ، أو خمر ، فتحول بيد غيره : فلا يعود الملك فى الأصح :

ومنها : لو رهن شاة ، فماتت ، فدبغ الجلد ، لم يعد رهنا فى الأصح .

ومنها : لو جن قاض ، أو خرج عن الأهلية ، ثم عاد : لم تعد ولايته فى الأصح ،

ومنها : لو قلع سن مثغور ، أو قطع لسانه ، أو أليته . فنبتت ، أو أوضحه ؛ أو أجافه ، فالتأمت . لم يسقط القصاص ، والضمان فى الأصح .

ومنها : لو عادت الصفة المحلوف عليها ، لم تعد اليمين فى الأصح .

ومنها : لو هزلت المغصوبة عند الغاصب ، ثم سمنت : لم يجبر : ولم يسقط الضمان فى الأصح :

ومنها : إذا قلنا : للمقرض الرجوع فى عين القرض،مادام باقيا بحاله : فلو زال وعاد فهل يرجع فى عينه ؟ وجهان فى الحاوى :

قلت : ينبغى أن يكون الأصح : لا :

تنبيــه

جزم بالأول فى صور :

منها : إذا اشترى معيبا وباعه ، ثم علم العيب ورد عليه به ، فله رده قطعا :

ومنها : إذا فسق الناظر ، ثم صار عدلا ، وولايته بشرط الواقف منصوصا عليه : عادت ولايته ، وإلا فلا : أفتى به النووى ، ووافقه ابن الرفعة :

وجزم بالثانى فى صور :

منها : إذا تغير الماء الكثير بنجاسة ، ثم زال التغير : عاد طهورا : فلو عاد التغير بعد زواله والنجاسة غير جامدة ، لم يعد التنجيس قطعا : قاله فى شرح المهذب :

ولو زال الملك عن العبد قبل هلال شوال ، ثم ملكه بعد الغروب . لاتجب عليه فطرته قطعا :

ولو سمع بينته ثم عزل قبل الحكم ثم عادت ولايته فلابد من إعادتها قطعا :

ولو قال : إن دخلت دار فلان مادام فيها ، فأنت طالق ، فتحول ، ثم عاد إليها ، لايقع الطلاق قطعا ، لأن إدامة المقام ، التى انعقدت عليها اليمين قد انقطعت : وهذا عود جديد ، وإدامته إقامة مستأنفة ، نقله الرافعى :

فـــرع

وقع فى الفتاوى : أن رجلا وقف على امرأته مادامت عزبا ، يعنى بعد وفاته : فتزوجت ثم عادت عزبا ، فهل يعود الاستحقاق أولا ؟ : وقد اختلف فيه مشايخنا : فأفتى شيخنا

قاضي القضاة شرف الدين المناوى ، وبعض الحنفية : بالعود : وأفتى شيخنا البلقيني ، وكثير : بعدمه . وهو المتجه :

ثم رأيت فى تنزيه النواظر ، فى رياض الناظر الأسنوى مانصه : الحكم المعلق على قوله : «مادام كذا وكذا» ينقطع بزوال ذلك ، وإن عاد .

مثاله : إذا حلف لايصطاد مادام الأمير فى البلد . فخرج الأمير ، ثم عاد ، فاصطاد الحالف فانه لايحنث . لأن الدوام ، قد انقطع بخروجه ، كذا نقله الرافعي .

قال الأسنوى : وقياسه : أنه إذا وقف على زيد ، مادام فقيرا ، فاستغنى ، ثم افتقر لم يستحق شيئا .

القاعـدة الخامسة عشرة

« هل العبرة بالحال ، أو بالمآل ؟ »

فيه خلاف ، والترجيح مختلف :

ويعبر عن هذه القاعدة بعبارات :

منها : ماقارب الشيء ، هل يعطى حكمه ؟.

والمشرف على الزوال ، هل يعطى حكم الزائل؟.

والمتوقع ، هل يجعل كالواقع ؟.

وفيها فروع :

منها : إذا حلف ليأكلن هذا الرغيف غدا ، فأتلفه قبل الغد ، فهل يحنث فى الحال أو حتى يجيء الغد ؟ وجهان : أصحهما : الثاني :

ومنها : لوكا القميص ، بحيث تظهر منه العورة عند الركوع ، ولا تظهر عند القيام فهل تنعقد صلاته ثم إذا ركع تبطل ، أو لاتنعقد أصلا؟ وجهان . أصحهما : الأول .

ونظيرها : لو لم يبق من مدة الخف مايسع الصلاة ، فأحرم بها ، فهل تنعقد ؟ فيه وجهان ، الأصح : نعم :

وفائدة الصحة فى المسئلتين : صحة الاقتداء به ، ثم مفارقته :

وفى المسئلة الأولى : صحتها إذا ألقى على عاتقه ثوبا قبل الركوع :

قال صاحب المعين : وينبغى القطع بالصحة فيما إذا صلى على جنازة ، إذ لاركوع فيها :

ومنها : من عليه عشرة أيام من رمضان ، فلم يقضها حتى بقى من شعبان خمسة أيام فهل يجب فدية مالا يسعه الوقت فى الحال ، أو لايجب ، حتى يدخل رمضان؟ فيه وجهان شبههما الرافعي وغيره بما إذا حلف ليشربن ماء هذا الكوز غدا ، فانصب قبل الغد .

قال السبكي : وفي هذا التشبيه نظر ؛ لأن الصحيح فيما إذا انصب بنفسه ، عدم الحنث ؛

ونظيره هنا : إذا لم يزل عذره إلا ذلك الوقت ؛ ولا شك أنه لايجب عليه شيء ، فيجب فرض المسئلة فيما إذا كان التمكن سابقا ، وحينئذ فنظيره : أن يصب هو الماء ، فانه يحنث ، وفي وقت حنثه : الوجهان ؛

قال الرافعي : الذي أورده ابن كج : أنه لايحنث إلا عند مجيء الغد ، وعلى قياسه هنا : لايلزم إلا بعد مجيء رمضان ؛

ومنها : لو أسلم فيما يعم وجوده عند المحل ، فانقطع قبل الحلول ، فهل يتنجز حكم الانقطاع ؛ وهو ثبوت الخيار في الحال ، أو يتأخر إلى المحل ؟ وجهان : أصحهما : الثاني ؛

ومنها : لو نوى في الركعة الأولى الخروج من الصلاة في الثانية ، أو علق الخروج بشيء يحتمل حصوله في الصلاة ، فهل تبطل في الحال ، أو حتى توجد الصفة ؟ وجهان ؛ أصحهما : الأول ؛

ومنها : من عليه دين مؤجل يحل قبل رجوعه ، فهل له السفر ، إذ لامطالبة في الحال أولا ، إلا باذن الدائن ، لأنه يجب في غيبته ؟ وجهان . أصحهما : الأول ؛

ومنها : إذا استأجر امرأة أشرفت على الحيض لكنس المسجد . جاز ، وإن ظن طروءه ، وللقاضي حسين : احتمال بالمنع ، كالسن الوجيعة ، إذا احتمل زوال الألم .

والفرق على الأصح : أن الكنس في الجملة جائز ، والأصل عدم طروء الحيض .

ومنها : هل العبرة في مكافأة القصاص بحال الجرح ، أو الزهوق ؛

ومنها : هل العبرة في الاقرار للوارث بكونه وارثا حال الاقرار ، أو الموت ؟ وجهان أصحهما : الثاني ، كالوصية ؛

ومنها : هل العبرة بالثلث الذي يتصرف فيه المريض بحال الوصية أو الموت ؟ . وجهان أصحهما : الثاني ؛ ومقابله ، قاسه على مالو نذر التصدق بماله ؛

ومنها : هل العبرة في الصلاة المقضية بحال الأداء ، أو القضاء ؟ وجهان يأتيان في مبحثه .

ومنها ، هل العبرة في تعجيل الزكاة بحال الحول أو التعجيل ؛

ومنها ، هل العبرة في الكفارة المرتبة بحال الوجوب أو الأداء ؟ قولان أصحهما : الثاني ،

ومنها : هل العبرة في طلاق السنة ، أو البدعة بحال الوقوع أو التعليق

ومنها : تربية جرو الكلب لما يباح تربية الكبير له ؛

ومنها: الجارية المبيعة ، هل يجوز وطؤها بعد الترافع إلى مجلس الحكم قبل التحالف؟ وجهان ، أصحهما نعم ، وبعد التحالف وجهان مرتبان ، وأولى بالمنع .

ومنها : لو حدث فى المغصوب نقص يسرى إلى التلف ، بأن جعل الحنطة هريسة ، فهل هو كالتالف أولا ، بل يرده مع أرش النقص ؟ قولان أصحهما : الأول .

تنبيه

جزم باعتبار الحال فى مسائل :

منها : إذا وهب للطفل من يعتق عليه - وهو معسر - وجب على الولى قبوله ، لأنه لايلزمه نفقته فى الحال ، فكان قبول هذه الهبة تحصيل خير ، وهو العتق بلا ضرر ولا ينظر إلى مالعله يتوقع من حصول يسار للصبى ، وإعسار لهذا القريب لأنه غير متحقق أنه آيل .

وجزم باعتبار المآل فى مسائل :

منها : بيع الجحش الصغير جائز ، وإن لم ينتفع به حالا لتوقع النفع به مآلا .

ومنها : جواز التيمم لمن معه ماء يحتاج إلى شربه فى المآل ، لا فى الحال .

ومنها : المساقاة على مالا يثمر فى السنة ويثمر بعدها ، جائز بخلاف إجارة الجحش الصغير لأن موضوع الإجارة تعجيل المنفعة ولا كذلك المساقاة ، إذ تأخر الثمار محتمل فيها .

كذا فرق الرافعى .

قال ابن السبكى ، وبه يظهر لك أن المنفعة المشترطة فى البيع ، غير المشترطة فى الإجارة إذ تلك أعم من كونها حالا أو مآلا ، ولا كذلك الاجارة .

تنبيه

يلتحق بهذه القاعدة قاعدة « تنزيل الاكتساب منزلة المال الحاضر »

وفيها فروع :

منها : فى الفقر والمسكنة ، قطعوا بأن القادر على الكسب كواجد المال .

ومنها : فى سهم الغارمين ، هل ينزل الاكتساب منزلة المال ؟ فيه وجهان ، الأشبه : لا وفارق الفقير والمسكين بأن الحاجة تتجدد كل وقت ، والكسب يتجدد كذلك ، والغارم محتاج إلى وفاء دينه الآن ، وكسبه متوقع فى المستقبل .

ومنها : المكاتب إذا كان كسوبا ، هل يعطى من الزكاة ؟ فيه وجهان : الأصح : نعم ، كالغارم .

ومنها : إذا حجر عليه بالفلس ، أنفق على من تلزمه نفقته من ماله إلى أن يقسم ، إلا أن يكون كسوبا .

ومنها : إذا قسم ماله بين غرمائه وبقي عليه شيء وكان كسوبا ، لم يجب عليه الكسب لوفاء الدين ؛

قال الفراوى : إلا أن يكون الدين لزمه بسبب هو عاص به ، كإتلاف مال إنسان عدوانا ، فانه يجب عليه أن يكتسب لوفائه ، لأن التوبة منه واجبة ومن شروطها : إيصال الحق إلى مستحقه فيلزمه التوصل إليه ، حكاه عنه ابن الصلاح فى فوائد رحلته

ومنها : من له أصل وفرع ولا مال له ، هل يلزمه الاكتساب للإنفاق عليهما؟ وجهان أحدهما : لا ، كما لا يجب لوفاء الدين ، والأصح : نعم ، لأنه يلزمه إحياء نفسه بالكسب ، فكذلك إحياء بعضه ؛

وفى التتمة : أن محل الخلاف بالنسبة إلى نفقة الأصول ، أما بالنسبة إلى نفقة الفروع فيجب الاكتساب قطعا ، لأن نفقة الأصول سبيلها سبيل المواساة فلا تكلف أن يكتسب ليصير من أهل المواساة ونفقة الفروع بسبب حصول الاستمتاع ؛ فألحقت بالنفقة الواجبة للاستمتاع وهى نفقة الزوجة ؛

قال الرافعى : هذا ذهاب إلى القطع بوجوب الاكتساب لنفقة الزوجة ، وهو الظاهر لكن فى كلام الإمام وغيره : أن فيها أيضا وجهين مرتبين على وجوب الاكتساب لنفقة القريب ، وهى أولى بالمنع ، لالتحاقها بالديون ؛

ومنها : المتفق عليه من أصل وفرع لو كان قادرا على الاكتساب فهل يكلف به ؟ ولا تجب نفقته؟ أقوال: أصحها: لا يكلفها الأصل. لعظم حرمة الأبوة فتجب نفقته، بخلاف الفرع؛

والثانى : يكلفان ، لأن القادر على الكسب مستغن عن أن يحمل غيره كله ؛

والثالث: لا يكلفان، وتجب نفقتهما إذ يقبح أن يكلف الانسان قريبه الكسب مع اتساع ماله؛

ومنها : إذا كان الأب قادرا على كسب مهر حرة ، أو ثمن سرية. لا يجب إعفافه. وينزل منزلة المال الحاضر ؛ قاله الشيخ أبو على ؛

قال الرافعى : وينبغى أن يجىء فيه الخلاف المذكور فى النفقة ؛

ومنها : لو أجر السفيه نفسه ، هل يبطل ، كبيعه شيئا من أمواله ؟ .

حكى القاضى حسين العبادى فيه وجهين . وفى الحاوى : إن آجر نفسة فيما هو مقصود من عمله ، مثل أن يكون صانعا ، وعمله مقصود فى كسبه لم يصح ، ويتولى العقد عليه وإن كان غير مقصود ، مثل أن يؤجر نفسه فى حج ، أو وكالة فى عمل صح ، لأنه إذا جاز أن يتطوع عن غيره بعمله ، فأولى أن يجوز بعوض ، كما قالوا : يصح خلعه لأن له أن يطلق مجانا ، فبالعوض أولى انتهى ؛

تنبيـه

وأعم من هذه القاعدة : قاعدة « ماقارب الشيء هل يعطى حكمه ؟ »
وفيه فروع :
منها — غير ماتقدم — الديون المساوية لمال المفلس ،هل توجب الحجر عليه ؟وجهان.
الأصح : لا وفى المقاربة للمساواة الوجهان وأولى بالمنع :
ومنها : الدم الذى تراه الحامل حال الطلق ليس بنفاس على الصحيح .
ومنها : لايملك المكاتب مافى يده على الأصح ووجه مقابله أنه قارب العتق .

القاعـدة السادسة عشرة

« إذا بطل الخصوص هل يبقى العموم ؟ »

فيه خلاف . والترجيح مختلف فى الفروع :
فمنها : إذا تحرم بالفرض فبان عدم دخول الوقت بطل خصوص كونها ظهرا مثلا ، ويبقى نفلا فى الأصح .
ومنها : لو نوى بوضوئه الطواف — وهو بغير مكة — فالأصح : الصحة ، إلغاء للصفة :
ومنها : لوأحرم بالحج فى غير أشهره بطل . وبقى أصل الإحرام ، فينعقد عمرة فى الأصح
ومنها : لوعلق الوكالة بشرط فسدت . وجازله التصرف ، لعموم الإذن فى الأصح .
ومنها : لو تيمم لفرض قبل وقته : فالأصح البطلان ، وعدم استباحة النفل به .
ومنها : لووجدالقاعدخفة فى أثناءالصلاة ، فلم يقم . بطلت . ولا يتم نفلا فى الأظهر.

تنبيه

جزم ببقائه فى صور :
منها : إذا أعتق معيبا عن كفارة ، بطل كونه كفارة ، وعتق جزما .
ومنها : لو أخرج زكاة ماله الغائب ، فبان تالفا ، وقعت تطوعا قطعا .
وجزم بعدمه فى صور :
منها : لو وكله ببيع فاسد . فليس له البيع قطعا ، لاصحيحا ، لأنه لم يأذن فيه ولا فاسدا ، لعدم إذن الشرع فيه .
ومنها : لوأحرم بصلاة الكسوف ، ثم تبين الانجلاء قبل تحرمه بها . لم تنعقد نفلا قطعا ، لعدم نفل على هيئتها ، حتى يندرج فى نيته .
ومنها : لو أشار إلى ظبية ، وقال : هذه أضحية لغا . ولا يلزمه التصدق بها قطعا ، قاله فى شرح المهذب .

القاعدة السابعة عشرة

«الحمل، هل يعطى حكم المعلوم أو المجهول ؟»

فيه خلاف : والترجيح مختلف فى الفروع :

فمنها : بيع الحامل إلا حملها ، فيه قولان . أظهرهما : لايصح ، بناء على أنه مجهول ؛ واستثناء المجهول من المعلوم يصير الكل مجهولا .

ومنها : بيع الحامل بحر ، وفيه وجهان . أصحهما : البطلان ، لأنه مستثنى شرعا ، وهو مجهول ؛

ومنها : لوقال : بعتك الجارية أو الدابة وحملها أو بحملها أو مع حملها : وفيه وجهان: الأصح : البطلان أيضا لماتقدم .

ومنها : لوباعها بشرط أنها حامل : ففيه قولان أحدهما البطلان ؛ لأنه شرط معها شيئا مجهولا وأصحهما : الصحة بناء على أنه معلوم ، لأن الشارع أوجب الحوامل فى الدية ؛

ومنها : هل للبائع حبس الولد إلى استيفاء الثمن ؟ وهل يسقط من الثمن حصته ، لو تلف قبل القبض ؟ وهل للمشترى بيع الولد قبل القبض ، الأصح نعم فى الأولين ، ولا فى الثالثة ، بناء على أنه يعلم ويقابله قسط من الثمن .

ومنها : لوحملت أمة الكافر الكافرة من كافر فأسلم ؛ فالحمل مسلم فيحتمل أن يؤمر مالك الأمة الكافرة بإزالة ملكه عن الأم إن قلنا ، الحمل يعطى حكم المعلوم قاله فى البحر

ومنها : الإجازة للحمل والأظهر كما قال العراقى الجواز ؛ بناء على أنه معلوم .

تنبيه

جزم بإعطائه حكم المجهول فيما إذا بيع وحده فلا يصح قطعا وبإعطائه حكم المعلوم فى الوصية له أو الوقف عليه فيصحان قطعا .

القاعدة الثامنة عشرة

«النادر . هل يلحق بجنسه أو بنفسه ؟»

فيه خلاف ، والترجيح مختلف فى الفروع :

فمنها : مس الذكر المبان فيه وجهان ، أصحهما أنه ينقض لأنه يسمى ذكرا ؛

ومنها : لمس العضو المبان من المرأة ، فيه وجهان أصحهما عدم النقض لأنه لايسمى امرأة ، والنقض منوط بلمس المرأة ؛

ومنها : النظر إلى العضو المبان من الأجنبية ، وفيه وجهان أصحهما : التحريم .

ووجه مقابله : ندور كونه محل فتنة ، والخلاف جار فى قلامة الظفر ؛

ومنها : لو حلف لا يأكل اللحم ، فأكل الميتة ففيه وجهان ، أصحهما عند النووى : عدم الحنث ، ويجريان فيما لو أكل مالايؤكل ، كذئب وحمار :

ومنها : الاكتساب النادر ، كالوصية واللقطة والهبة : هل تدخل فى المهايأة فى العبد المشترك ، وجهان : الأصح نعم :

ومنها : جماع الميتة يوجب عليه الغسل والكفارة عن إفساد الصوم والحج ولايوجب الحد ولا إعادة غسلها ، على الأصح فيهما ، ولاالمهر :

ومنها : يجزئ الحجر فى المذى والودى على الأصح :

ومنها : يبقى الخيار للمتبايعين إذا داما أياما على الأصح :

ومنها : فى جريان الربا فى الفلوس إذا راجت رواج النقود : وجهان أصحهما : لا :

ومنها : مايتسارع إليه الفساد فى شرط الخيار : فيه وجهان أصحهما لايجوز :

تنبيه

جزم بالأول فى صور :

منها : من خلق له وجهان لم يتميز الزائد منهما ، يجب غسلهما قطعا :

ومن خلقت بلا بكارة لها حكم الأبكار قطعا :

ومن أتت بولد لستة أشهر ولحظتين من الوطء يلحق قطعا وإن كان نادرا .

وجزم بالثانى فى صور :

منها : الأصبع الزائدة ، لاتلحق بالأصلية فى الدية قطعا ، وكذا سائر الأعضاء :

القاعدة التاسعة عشرة

«القادر على اليقين هل له الاجتهاد والأخذ بالظن»

فيه خلاف ، والترجيح مختلف فى الفروع :

فمنها : من معه إناآن ، أحدهما نجس ، وهو قادر على يقين الطهارة بكونه على البحر أو عنده ثالث طاهر ، أو يقدر على خلطهما وهما قلتان . والأصح : أن له الاجتهاد :

ومنها : لوكان معه ثوبان ، أحدهما نجس ، وهو قادر على طاهر بيقين ، والأصح أن له الاجتهاد :

ومنها : من شك فى دخول الوقت وهو قادر على تمكين الوقت ، أو الخروج من البيت المظلم لرؤية الشمس ، والأصح أن له الاجتهاد :

ومنها : الصلاة إلى الحجر ، الأصح : عدم صحتها إلى القدر الذى ورد فيه أنه من البيت :

وسببه : اختلاف الروايات ، ففى لفظ «الحجر من البيت» وفى لفظ «سبعة أذرع» ، وفى آخر «ستة» وفى آخر «خمسة» والكل فى صحيح مسلم ، فعدلنا عنه إلى اليقين ، وهو الكعبة :

وذكر من فروعها أيضا : الاجتهاد بحضرته صلى الله عليه وسلم وفى زمانه والأصح جوازه :

تنبيه

جزم بالمنع فيما إذا وجد المجتهد نصا ، فلا يعدل عنه إلى الاجتهاد جزما ، وفى المكى لا يجتهد فى القبلة جزما :

وفرق بين القبلة والأوانى : بأن فى الإعراض عن الاجتهاد فى الآنية إضاعة مال وبأن القبلة فى جهة واحدة ، فطلبها مع القدرة عليها فى غيرها عبث والماء جهاته متعددة .

وجزم بالجواز ، فيمن اشتبه عليه لبن طاهر ومتنجس ومعه ثالث طاهر بيقين ، ولا اضطرار فانه مجتهد بلا خلاف ، نقله فى شرح المهذب :

القاعدة العشرون

«المانع الطارئ هل هو كالمقارن»

فيه خلاف ، والترجيح مختلف فى الفروع :

فمنها : طريان الكثرة على الاستعمال والشفاء على المستحاضة فى أثناء الصلاة والردة على الإحرام ، وقصد المعصية على سفر الطاعة وعكسه ، والإحرام على ملك الصيد وأحد العيوب على الزوجة والحلول على دين المفلس الذى كان مؤجلا ، وملك المكاتب زوجة سيده والوقف على الزوجة ، أعنى إذا وقفت زوجته عليه :

والأصح فى الكل : أن الطارئ كالمقارن فيحكم للماء بالطهورية وللصلاة والإحرام بالإبطال ، وللمسافر بعدم الترخص فى الأولى ، وبالترخص فى الثانية ، وبإزالة الملك عن الصيد وبإثبات الخيار للزوج ، وبرجوع البائع فى عين ماله ، وبانفساخ النكاح فى شراء المكاتب ، والموقوفة كما لا يجوز له نكاح من وقفت عليه ابتداء :

ومنها : طريان القدرة على الماء فى أثناء الصلاة ، ونية التجارة بعد الشراء ، وملك الابن على زوجة الأب والعتق على من نكح جارية ولده واليسار ونكاح الحرة على حر نكح أمة وملك الزوجة لزوجها بعد الدخول قبل قبض المهر ، وملك الإنسان عبدا له فى ذمته دين ، والإحرام على الوكيل فى النكاح . والاسترقاق على حربى استأجره مسلم والعتق على عبد آجره سيده مدة :

والأصح فى الكل أن الطارئ ليس كالمقارن فلا تبطل الصلاة ولا تجب الزكاة ، ولا

ينفسخ النكاح فى الصور الأربع ؛ ولا يسقط المهر والدين عن ذمة العبد ، ولا تبطل الوكالة ولا تنفسخ الإجارة فى الصورتين ؛

تنبيه

جزم بأن الطارئ كالمقارن ، فى صور :

منها : طريان الكثرة على الماء النجس والرضاع المحرم ، والردة على النكاح ، ووطء الأب أو الابن أو الأم أو البنت بشبهة ، وملك الزوج الزوجة أو عكسه ؛ والحدث العمد على الصلاة ، ونية القنية على عروض التجارة ، وأحد العيوب على الزوج ؛

وجزم بخلافه فى صور :

منها : طريان الإحرام وعدة الشبهة ، وأمن العنت على النكاح والإسلام على السبى ، فلا يزيل الملك ووجدان الرقبة فى أثناء الصوم ، الإباق ، وموجب الفساد على الرهن ، والإغماء على الاعتكاف ، والاسلام على عبد الكافر فلا يزيل الملك ، بل يؤمر بإزالته ، ودخول وقت الكراهة على التيمم لا يبطله بلا خلاف ؛ ولو تيمم فيه للنفل لم يصح ؛

خاتمة

يعبر عن أحد شقى هذه القاعدة بقاعدة :

«يغتفر فى الدوام ما لا يغتفر فى الابتداء» ؛

ولهم قاعدة عكس هذه ، وهى :

«يغتفر فى الابتداء ما لا يغتفر فى الدوام» .

ومن فروعها :

إذا طلع الفجر وهو مجامع ، فنزع فى الحال صح صومه ؛

ولو وقع مثل ذلك فى أثناء الصوم أبطله ؛

ومنها : لو أحرم مجامعا بحج أو عمرة ، فأوجه ؛

أحدها : ينعقد صحيحا ؛

وبه جزم الرافعى فى باب الاحرام ، وأقره فى الروضة ؛

فان نزع فى الحال استمر وإلا فسد نسكه ، وعليه البدنة والقضاء والمضى فى الفاسد ؛

فعلى هذا اغتفر الجماع فى ابتداء الاحرام . ولم يغتفر فى أثنائه ؛

والوجه الثانى : لا ينعقد أصلا وهو الأصح فى زوائد الروضة ؛

والثالث ، وهو الأصح ينعقد فاسدا ، فان نزع فى الحال لم تجب البدنة ، وإن مكث وجبت .

والفرق بينه وبين الصوم أن طلوع الفجر ليس من فعله بخلاف إنشاء الاحرام .

ومنها: الجنون، لايمنع ابتداء الأجل فيجوز لوليه أن يشترى له شيئا بثمن مؤجل ويمنع دوامه على قول، صححه فى الروضة فيحل عليه الدين المؤجل إذا جن.

ولكن المعتمد خلافه.

ومنها - وهى أجل مما تقدم -: الفطرة، لايباع فيها المسكن والخادم:

قال الأصحاب، هذا فى الابتداء فلو ثبتت الفطرة فى ذمة إنسان بعنا خادمه ومسكنه فيها، لأنها بعد الثبوت التحقت بالديون:

ومنها: إذا مات للمحرم قريب وفى ملكه صيد، ورثه على الأصح ثم يزول ملكه عنه على الفور:

ومنها: الوصية بملك الغير، الراجح صحتها حتى إذا ملكه بعد ذلك أخذه الموصى له:

ولو أوصى بما يملكه ثم أزال الملك فيه، بطلت الوصية، كذا جزموا به:

قال الأسنوى، وكان القياس أن تبقى الوصية بحالها، فان عاد إلى ملكه أعطيناه الموصى له كما لو لم يكن فى ملكه حال الوصية، بل الصحة هنا أولى انتهى

وعلى ماجزموا به، قد اغتفر فى الابتداء مالم يغتفر فى الدوام

ومنها: إذا حلف بالطلاق لايجامع زوجته، لم يمنع من إيلاج الحشفة على الصحيح، ويمنع من الاستمرار، لأنها صارت أجنبية

الكتاب الرابع

فى أحكام يكثر دورها ويقبح بالفقيه جهلها

«القول فى الناسى، والجاهل، والمكره»

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «إن الله وضع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه».

هذا حديث حسن. أخرجه ابن ماجة، وابن حبان فى صحيحه، والحاكم فى مستدركه بهذا اللفظ من حديث ابن عباس:

وأخرجه الطبرانى والدار قطنى من حديثه بلفظ «تجاوز» بدل «وضع»:

وأخرجه أبو القاسم الفضل بن جعفر التميمى فى فوائده من حديثه، بلفظ «رفع»:

وأخرجه ابن ماجة أيضا، من طريق أبى بكر الهذلى عن شهر عن أبى ذر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «إن الله تجاوز لى عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»

وأخرجه بهذا اللفظ الطبرانى فى الكبير من حديث ثوبان:

وأخرجه فى الأوسط من حديث ابن عمر، وعقبة بن عامر، بلفظ « وضع عن أمتى » إلى آخره :
وإسناد حديث ابن عمر صحيح :

وأخرجه ابن عدى فى الكامل، وأبو نعيم فى التاريخ، من حديث أبى بكرة، بلفظ « رفع الله عن هذه الأمة الخطأ، والنسيان، والأمر يكرهون عليه » :

وأخرجه ابن أبى حاتم، فى تفسيره من طريق أبى بكر الهذلى، عن شهر بن حوشب، عن أم الدرداء : عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « إن الله تجاوز لأمتى عن ثلاث : الخطأ، والنسيان، والاستكراه » :

قال أبو بكر : فذكرت ذلك للحسن، فقال : أجل « أما تقرأ بذلك قرآنا (ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا) ؟ :

وأبو بكر ضعيف، وكذا شهر : وأم الدرداء إن كانت الصغرى فالحديث مرسل : وإن كانت الكبرى فهو منقطع :

وقال سعيد بن منصور فى سننه : حدثنا خالد بن عبد الله، عن هشام، عن الحسن، عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « إن الله عفا لكم عن ثلاث : عن الخطأ، والنسيان، وما استكرهتم عليه » :

وقال أيضا : حدثنا إسماعيل بن عياش، حدثنى جعفر بن حبان العطاردى : عن الحسن قال سمعته يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « تجاوز الله لابن آدم عما أخطأ، وعما نسى، وعما أكره، وعما غلب عليه ».

وأخرج ابن ماجه من حديث أبى هريرة « إن الله تجاوز لأمتى عما توسوس به صدورها مالم تعمل، أو تتكلم به، وما استكرهوا عليه » :

فهذه شواهد قوية تقضى للحديث بالصحة :

اعلم أن قاعدة الفقه : أن النسيان والجهل، مسقط للاثم مطلقا :

وأما الحكم : فان وقعا فى ترك مأمور لم يسقط : بل يجب تداركه . ولا يحصل الثواب المترتب عليه لعدم الائتمار، أو فعل منهى، ليس من باب الإتلاف فلا شىء فيه، أو فيه إتلاف لم يسقط الضمان . فان كان يوجب عقوبة كان شبهة فى إسقاطها :

وخرج عن ذلك صور نادرة، فهذه أقسام :

فمن فروع القسم الأول :

من نسى صلاة، أو صوما أو حجا، أو زكاة، أو كفارة، أو نذرا : وجب تداركه بالقضاء بلا خلاف :

وكذا لو وقف بغير عرفة : يجب القضاء اتفاقا :

ومنها : من نسى الترتيب فى الوضوء :

أو نسى الماء فى رحله ، فتيمم وصلى ثم ذكره ؛

أو صلى بنجاسة لايعفى عنها ناسيا ، أو جاهلا بها ؛

أو نسى قراءة الفاتحة فى الصلاة ؛

أو تيقن الخطأ فى الاجتهاد ، فى الماء ، والقبلة ، والثوب وقت الصلاة ، والصوم ، والوقوف ، بأن بان وقوعها قبله ؛

أو صلوا لسواد ظنوه عدوا ، فبان خلافه ؛

أو دفع الزكاة إلى من ظنه فقيرا ؛ فبان غنيا ؛

أو استناب فى الحج لكونه معضوبا ؛ فبرأ .

وفى هذه الصور كلها خلاف ؛

قال فى شرح المهذب : بعضه كبعض ، وبعضه مرتب على بعض ، أو أقوى من بعض ؛ والصحيح فى الجميع : عدم الإجزاء ، ووجوب الاعادة ؛

ومأخذ الخلاف : أن هذه الأشياء ، هل هى من قبيل المأمورات التى هى شروط ، كالطهارة عن الحدث ، فلا يكون النسيان والجهل عذرا فى تركها ، لفوات المصلحة منها ، أو أنها من قبيل المناهى : كالأكل ، والكلام ، فيكون ذلك عذرا ؟ والأول : أظهر ؛

ولذلك تجب الاعادة ؛ بلا خلاف ، فيما لو نسى نية الصوم ، لأنها من قبيل المأمورات .

وفيما لو صادف صوم الأسير ، ونحوه : الليل ، دون النهار، لأنه ليس وقتا للصوم كيوم العيد ، ذكره فى شرح المهذب ؛

ولو صادف الصلاة أو الصوم ، بعد الوقت ، أجزأ بلا خلاف ، لكن هل يكون أداء للضرورة ، أو قضاء ، لأنه خارج عن وقته ؟ قولان ، أو وجهان : أصحهما : الثانى ؛

ويتفرع عليه :

مالو كان الشهر ناقصا ورمضان تاما ؛

وأما الوقوف : إذا صادف مابعد الوقت ؛ فان صادف الحادى عشر ؛ لم يجز ، بلا خلاف ، كما لو صادف السابع ، وإن صادف العاشر ؛ أجزأ ، ولاقضاء، لأنهم لوكلفوا به لم يأمنوا الغلط فى العام الآتى أيضا .

ويستثنى : ماإذا قل الحجيج ، على خلاف العادة ، فانه يلزمهم القضاء ، فى الأصح لأن ذلك نادر ؛

وفرق بين الغلط فى الثامن والعاشر بوجهين ؛

أحدهما : أن تأخير العبادة عن الوقت ، أقرب إلى الاحتساب من تقديمها عليه ؛

والثانى : أن الغلط بالتقديم يمكن الاحتراز عنه ، فانما يقع لغلط فى الحساب ، أوخلل فى الشهود ، اللذين شهدوا بتقديم الهلال ؛

والغلط بالتأخير : قد يكون بالغيم المانع من الرؤية ، ومثل ذلك لايمكن الاحتراز عنه .

ثم صورة المسئلة كما قال الرفعى : أن يكون الهلال غم ، فأكملوا ذا القعدة ثلاثين ، ثم قامت بينة برؤيته ليلة الثلاثين .

أما لو وقع الغلط ، بسبب الحساب : فانه لايجزىء ، بلا شك ، لتفريطهم ، وسواء تبين لهم ذلك بعد العاشر ، أو فيه ، فى أثناء الوقوف ، أو قبل الزوال : فوقفوا عالمين : كما نقله الرافعى عن عامة الأصحاب ، وصححه فى شرح المهذب ؛

ولو أخطأ الاجتهاد فى أشهر الحج . فأحرم النفير العام فى غير أشهره ؛ فى انعقاده حجا . وجهان :

أحدهما : نعم ، كالخطأ فى الوقوف العاشر ؛

والثانى : لا ؛

والفرق : أنا لو أبطلنا الوقوف فى العاشر ، أبطلناه من أصله ، وفيه إضرار .

وأما هنا : فينعقد عمرة ، كذا فى شرح المهذب ، بلا ترجيح ؛

ومن فروع هذا القسم ، فى غير العبادات :

ما لو فاضل فى الربويات جاهلا ، فان العقد يبطل اتفاقا ، فهو من باب ترك المأمورات . لأن المماثلة شرط ، بل العلم بها أيضا ؛

وكذا لو عقد البيع ، أو غيره على عين يظنها ملكه . فبانت بخلافه ، أو النكاح ، على محرم ، أو غيرها من المحرمات جاهلا ، لايصح .

ومن فروع القسم الثانى :

من شرب خمرا جاهلا : فلا حد ، ولا تعزير ؛

ومنها : لو قال : أنت أزنى من فلان ، ولم يصرح فى لفظه بزنى فلان ، لكنه كان ثبت زناه باقرار ، أو بينة . والقائل جاهل ، فليس بقاذف . بخلاف مالو علم به ، فيكون قاذفا لهما ؛

ومنها : الإتيان بمفسدات العبادة ناسيا ، أو جاهلا ، كالأكل فى الصلاة ، والصوم وفعل ماينافى الصلاة : من كلام ، وغيره . والجماع فى الصوم ، والاعتكاف ، والإحرام ؛ والخروج من المعتكف ، والعود من قيام الثالثة إلى التشهد ؛ ومن السجود إلى القنوت ، والاقتداء بمحدث ، وذى نجاسة ، وسبق الإمام بركنين ، ومراعاة المزحوم ترتيب نفسه إذا ركع الإمام فى الثانية ، وارتكاب محظورات الإحرام ، التى ليست باتلاف ،

كاللبس . والاستمتاع ، والدهن ، والطيب . سواء جهل التحريم ، أو كونه طيبا ؛

والحكم في الجميع : عدم الافساد ، وعدم الكفارة ، والفدية . وفي أكثرها خلاف .

واستثنى من ذلك :

الفعل الكثير في الصلاة ، كالأكل ، فانه يبطلها في الأصح . لندوره ؛

وألحق بعضهم الصوم بالصلاة في ذلك . والأصح : أنه لا يبطل بالكثير ، لأنه لا يندر فيه : بخلاف الصلاة ؛ لأن فيه هيئة مذكرة .

ومنها : لو سلم عن ركعتين ناسيا ، وتكلم عامدا ، لظنه إكمال الصلاة ، لا تبطل صلاته لظنه أنه ليس في صلاة ؛

ونظيره : مالو تحلل من الاحرام ، وجامع ، ثم بان أنه لم يتحلل ، لكون رميه وقع قبل نصف الليل ؛ والمذهب : أنه لا يفسد حجه ؛

ومن نظائره أيضا :

لو أكل ناسيا ، فظن بطلان صومه ، فجامع ، ففي وجه : لا يفطر قياسا عليه ؛ والأصح : الفطر ؛ كما لو جامع على ظن أن الصبح لم يطلع ، فبان خلافه ، ولكن لا تجب الكفارة ، لأنه وطيء وهو يعتقد أنه غير صائم ؛

ونظيره أيضا :

لو ظن طلاق زوجته بما وقع منه ، فأشهد عليه بطلاقها ؛

ومن فروع هذا القسم أيضا

مالو اشترى الوكيل معيبا جاهلا به ؛ فانه يقع عن الموكل ، إن ساوى ما اشتراه به ، وكذا إن لم يساو في الأصح ، فانه بخلاف ما إذا علم ؛

تنبيه

من المشكل : تصوير الجهل بتحريم الأكل في الصوم ، فان ذلك جهل بحقيقة الصوم . فان من جهل الفطر جهل الامساك عنه ، الذي هو حقيقة الصوم ، فلا تصح نيته ؛

قال السبكي : فلا مخلص إلا بأحد أمرين : إما أن يفرض في مفطر خاص من الأشياء النادرة ، كالتراب : فانه قد يخفى ، ويكون الصوم الامساك عن المعتاد ، وما عداه شرط في صحته ، « وإما أن يفرض » كما صوره بعض المتأخرين فيمن احتجم أو أكل ناسيا ، فظن أنه أفطر ، فأكل بعد ذلك ، جاهلا بوجوب الامساك ، فانه لا يفطر على وجه ؛ لكن الأصح فيه : الفطر ؛ انتهى ؛

وقال القاضي حسين : كل مسئلة تدق ، ويغمض معرفتها ، هل يعذر فيها العامي ؟ وجهان ، أصحهما : نعم ؛

ومن فروع القسم الثالث إتلاف مال الغير

فلو قدم له غاصب طعاما ضيافة ، فأكله جاهلا ، فقرار الضمان عليه فى أظهر القولين ويجريان فى إتلاف مال نفسه جاهلا ؛

وفيه صور :

منها : لو قدم له الغاصب المغصوب منه ، فأكله ضيافة جاهلا ، برئ الغاصب فى الأظهر :

ومنها : لو أتلف المشترى المبيع قبل القبض جاهلا ، فهو قابض فى الأظهر ؛

ومنها : لو خاطب زوجته بالطلاق جاهلا بأنها زوجته ، بأن كان فى ظلمة ، أو نكحها له وليه ، أو وكيله ، ولم يعلم . وقع ، وفيه احتمال للامام ؛

ومنها : لو خاطب أمته بالعتق ، كذلك قال الرافعى ؛

ومن نظائرها : ماإذا نسى أن له زوجة ، فقال : زوجتى طالق ؛

ومنها : كما قال ابن عبد السلام : ماإذا وكل وكيلا فى إعتاق عبد ، فأعتقه ظنا منه أنه عبد الموكل ، فاذا هو عبد الوكيل ، نفذ عتقه ؛

قال العلائى : ولايجىء فيه احتمال الامام ، لأن هذا قصد قطع الملك ، فنفذ ؛

ومنها : إذا قال الغاصب ، لمالك العبد المغصوب : أعتق عبدى هذا ، فأعتقه جاهلا عتق على الصحيح . وفى وجه : لا ، لأنه لم يقصد قطع ملك نفسه ؛

قلت : خرج عن هذه النظائر مسئلة ، وهى :

ماإذا استحق القصاص على رجل ، فقتله خطأ ، فالأصح : أنه لايقع الموقع ؛

ومن فروع هذا القسم أيضا .

محظورات الاحرام ، التى هى إتلاف ، كإزالة الشعر ، والظفر ، وقتل الصيد . لاتسقط فديتها بالجهل والنسيان ؛

ومنها : يمين الناسى والجاهل ، فاذا حلف على شىء بالله ، أو الطلاق ، أو العتق : أن يفعله ، فتركه ناسيا ، أو لايفعله ، ففعله ناسيا للحلف ، أو جاهلا أنه المحلوف عليه ، أو على وغيره ، ممن يبالى بيمينه ، ووقع ذلك منه جاهلا ، أو ناسيا : فقولان فى الحنث ، رجح كلا المرجحون ؛ ورجح الرافعى فى المحرر عدم الحنث مطلقا ، واختاره فى زوائد الروضة والفتاوى ؛

قال : الحديث « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان » وهو عام ، فيعمل بعمومه ، إلا ما دل دليل على تخصيصه ، كغرامة المتلفات ؛

ثم استثنى من ذلك : مالو حلف لايفعل عامدا ، ولا ناسيا ؛ فانه يحنث بالفعل ناسيا بلا خلاف ، لالتزام حكمه : هذا فى الحلف على المستقبل ؛

أما على الماضى ، كأن حلف أنه لم يفعل ، ثم تبين أنه فعله : فالذى تلقفناه من مشايخنا أنه يحنث ؛

ويدل له قول النووى فى فتاويه : صورة المسئلة أن يعلق الطلاق على فعل شىء ، فيفعله ناسيا لليمين ، أو جاهلا بأنه المحلوف عليه .

ولابن رزين : فيه كلام مبسوط ، سأذكره .

والذى فى الشرح والروضة : أن فيه القولين . فى الناسى ومقتضاه ، عدم الحنث .

وعبارة الروضة : لو جلس مع جماعة ، فقام ولبس خف غيره ، فقالت له امرأته : استبدلت بخفك ، ولبست خف غيرك ، فحلف بالطلاق : أنه لم يفعل ، إن قصد أنى لم آخذ بدله كان كاذبا . فإن كان عالما طلقت . وإن كان ساهيا ، فعلى قولى طلاق الناسى انتهى .

ولك أن تقول : لايلزم من إجراء القولين الاستواء فى التصحيح ، وابن رزين أبسط من تكلم على المسألة .

وها أنا أورد عبارته بنصها ، لما فيها من الفوائد .

قال : للجهل والنسيان والاكراه ، حالتان :

إحداهما : أن يكون ذلك واقعا فى نفس اليمين أو الطلاق . فمذهب الشافعى أن المكره على الطلاق ، لايقع طلاقه ، إذا كان غير مختار لذلك من جهة غير الاكراه ، بل طاوع المكره ، فيما أكرهه عليه بعينه ، وصفته .

ويستوى فى ذلك : الاكراه على اليمين ، وعلى التعليق .

ويلتحق بالاكراه فى ذلك : الجهل الذى يفقد معه القصد إلى اللفظ ، مع عدم فهم معناه ، والنسيان وذلك بأن يتلفظ بالطلاق ، من لايعرف معناه أصلا ، أو عرفه ، ثم نسيه . فهذان نظير المكره ، فلا يقع بذلك طلاق ، ولا ينعقد بمثله يمين .

وذلك إذا حلف باسم من أسماء الله تعالى ، وهو لايعرف أنه اسمه .

أما إذا جهل المحلوف عليه ، أو نسيه ، كما إذا دخل زيد الدار ، وجهل ذلك الحالف أو علمه ، ثم نسيه فحلف بالله أو بالطلاق : أنه ليس فى الدار فهذه يمين ظاهرها تصديق نفسه فى النفى وقد يعرض فيها أن يقصد أن الأمر كذلك (فى اعتقاده أو فيما انتهى إليه علمه أى لم يعلم خلافه ، ولا يكون قصده الجزم بأن الأمر كذلك) فى الحقيقة ، بل ترجع يمينه إلى أنه حلف أنه يعتقد كذا ، أو يظنه ، وهو صادق فى أنه يعتقد ذلك ، أو ظان له فان قصد الحالف ذلك حالة اليمين أو تلفظ به متصلا بها لم يحنث ، وإن قصد المعنى الأول ، أو أطلق ففى وقوع الطلاق ، ووجوب الكفارة قولان مشهوران :

مأخذهما : أن النسيان ، والجهل هل يكونان عذرا له فى ذلك ، كما كانا عذرا فى باب الأوامر والنواهى ، أم لايكونان عذرا ، كما لم يكونا عذرا فى غرامات المتلفات ؟

ويقوى إلحاقهما بالاتلافات ، بأن الحالف بالله أن زيدا فى الدار ، إذا لم يكن فيها .

قد انتهك حرمة الاسم الأعظم جاهلا ، أو ناسيا ، فهو كالجانى خطأ : والحالف بالطلاق إن كانت يمينه بصيغة التعليق ، كقوله : إن لم يكن زيد فى الدار ، فزوجتى طالق ، إذا تبين أنه لم يكن فيها : فقد تحقق الشرط ، الذى علق الطلاق عليه ، فانه لم يتعرض إلا لتعليق الطلاق على عدم كونه فى الدار ، ولا أثر لكونه جاهلا ، أو ناسيا فى عدم كونه فى الدار :

وأما إذا كان بغير صيغة التعليق ، كقوله لزوجته : أنت طالق ، لقد خرج زيد من الدار : وكقوله : الطلاق يلزمنى ليس زيد فى الدار : فهذا إذا قصد به اليمين ، جرى مجرى التعليق وإلا لوقع الطلاق فى الحال ، وإذا جرى مجرى التعليق ، كان حكمه حكمه .

والحالة الثانية : الجهل ، والنسيان ، والاكراه ، أن يعلق الطلاق على دخول الدار أو دخول زيد الدار ، أو يحلف بالله لايفعل ذلك ، فإذا دخلها المحلوف عليه ناسيا ، أو جاهلا ، أو مكرها ، فإن جرد قصده عن التعليق المحض ، كما إذا حلف لايدخل السلطان البلد اليوم ، أو لايحج الناس فى هذا العام : فظاهر المذهب : وقوع الطلاق ، والحنث فى مثل هذه الصورة : وقع ذلك عمدا ، أو نسيانا ، اختيارا ، أو مع إكراه ، أو جهل :

وإن قصد باليمين تكليف المحلوف عليه ذلك ، لكونه يعلم أنه لايرى مخالفته مع حلفه أو قصد باليمين على فعل نفسه ، أن تكون يمينه رادعة عن الفعل ، فالمذهب فى هاتين الصورتين أنه لايحنث إذا فعل المحلوف عليه ناسيا أو جاهلا إذ رجعت حقيقة هذه اليمين إلى تكليف نفسه ذلك ، أو تكليف المحلوف عليه ذلك ، والناسى لايجوز تكليفه ، وكذلك الجاهل :

وأما إن فعله مكرها فالإكراه لاينافى التكليف ، فإنا نحرم على المكره القتل ونبيح له الفطر فى الصوم ، وإذا كان مكلفا — وقد فعل المحلوف عليه — فيظهر وقوع الطلاق والحنث كما تقدم فى المسألة الأولى إلحاقا بالإتلاف ، لتحقق وجود الشرط المعلق عليه .

إذ لفظ التعليق عام يشمل فعل المعلق عليه مختارا ، ومكرها وناسيا وجاهلا وذاكرا ليمين وعالما ، وبهذا تمسك من مال إلى الحنث ، ووقوع الطلاق فى صورة النسيان والجهل .

لكنا إنما اخترنا عدم وقوع الطلاق فيهما ، لأن قصد التكليف يخصهما ، ويخرجهما عن الدخول تحت عموم اللفظ ، فلا ينهض لأن مخرج الإكراه لكونه لاينافى التكليف ، كما ذكرنا :

هذا ما ترجح عندى فى الصورة التى فصلتها :

وبقى صورة واحدة وهى :

ما إذا أطلق التعليق ولم يقصد تكليفا ولا قصد التعليق المحض بل أخرجه مخرج اليمين

فهذه الصورة : هى التى أطلق معظم الأصحاب فيها القولين ؛

واختار صاحب المهذب والانتصار والرافعى ، عدم الحنث وعدم وقوع الطلاق ؛

وكان شيخنا ابن الصلاح : يختار وقوعه ويعلله بكونه مذهب أكثر العلماء ، وبعموم لفظ التعليق ظاهرا ، لكن قرينة الحث والمنع تصلح للتخصيص وفيها بعض الضعف ؛

ومن ثم توقف صاحب الحاوى ، ومن حكى عنه التوقف من أشياخه فى ذلك ؛

فالذى يقوى التخصيص : أن ينضم إلى قرينة الحث ، والمنع : القصد للحث ، والمنع ، فيقوى حينئذ التخصيص كما اخترناه .

والغالب : أن الحالف على فعل مستقبل من أفعال من يعلم أنه يرتدع منه بقصد الحث أو المنع فيختار أيضا : أن لا يقع طلاقه بالفعل مع الجهل والنسيان ، إلا أن يصرفه عن الحث أو المنع بقصد التعليق على الفعل مطلقا ، فيقع فى الصور كلها بوجود الفعل .

وأما من حلف على فعل نفسه ، فلا يمتنع وقوع طلاقه بالنسيان أو الجهل إلا عند قصد الحث أو المنع ، انتهى كلامه بحروفه ؛

وما جزم به من الحنث فى الحالة الأولى وهى : الحلف على الماضى ناسيا أو جاهلا — : ذكره بحروفه القمولى فى شرح الوسيط جازما به ، ونقله عنه الأذرعى فى القوت ؛

وقال : إنه أخذه من كلام ابن رزين ونقل غير واحد أن ابن الصلاح صرح بتصحيحه وبتصحيح الحنث فى المستقبل أيضا ، فإذا جمعت بين المسألتين حصلت ثلاثة أقوال ؛

ثالثها : الحنث فى الماضى دون المستقبل ، وهو الذى قرره ابن رزين ، ومتابعوه ، وهو المختار ؛

تنبيه

من المشكل قول المنهاج : ولو علق بفعله ففعل ناسيا للتعليق أو مكرها ، لم تطلق فى الأظهر أو بفعل غيره ممن يبالى بتعليقه وعلم به ؛ فكذلك وإلا فيقع قطعا .

ووجه الاشكال أن قوله «وأن لا يدخل فيه» ما إذا لم يبال بتعليقه ولم يعلم به .

وما إذا علم به ولم يبال ، وما إذا بالى ولم يعلم ، والقطع بالوقوع فى الثالثة مردود ؛

وقد استشكله السبكى وقال : كيف يقع بفعل الجاهل قطعا ، ولا يقع بفعل الناسى على الأظهر ، مع أن الجاهل أولى بالمعذرة من الناسى ؟ .

وقد بحث الشيخ علاء الدين الباجى فى ذلك هو والشيخ زين الدين بن الكتانى فى درس بن بنت الأعز ، وكان ابن الكتانى مصمما على ما اقتضته عبارة المنهاج والباجى فى مقابله ؛

قال السبكى : والصواب أن كلام المنهاج محمول على ما إذا قصد الزوج مجرد التعليق ، ولم يقصد إعلامه ليمتنع ؛

وقد أرشد الرافعى إلى ذلك ، فان عبارته وعبارة النووى فى الروضة : ولو علق بفعل

الزوجة أو أجنبى ، فان لم يكن للمعلق بفعله شعور بالتعليق ، ولم يقصد الزوج إعلامه :

فنى قوله «ولم يقصد إعلامه» مايرشد إلى ذلك .

وقال فى المهمات : أشار بقوله «ولم يقصد إعلامه» إلى قصد الحث والمنع ، وعبر عنه به ، لأن قاصده يقصد إعلام الحالف بذلك ليمتنع منه :

ولهذا لما تكلم على القيود ، ذكر الحث والمنع عوضا عن الاعلام :

قال : والظاهر أنه معطوف بأو ، لابالواو ، حتى لايكون المجموع شرطا فان الرافعى شرط بعد ذلك ، لعدم الوقوع شروطا ثلاثة : شعوره ، وأن يبالى ، وأن يقصد الزوج الحث والمنع .

قال : وما اقتضاه كلام الرافعى من الحنث ، إذا لم يعلم المحلوف عليه ، رجحه الصيدلانى ، فيما جمعه من طريقة شيخه القفال فقال : فان قصد منعه ، فانلم يعلم القادم حتى قدم ، حنث الحالف وإن علم به ثم نسى فعلى قولين :

ومنهم من قال : على قولين بكل حال وكذلك الغزالى فى البسيط فقال : إذا علق بفعلها فى غيبتها فلا أثر لنسيانها ، وإن كانت مكرهة فالظاهر الوقوع ، لأن هذا فى حكم التعليق : لاقصد المنع ، ومنهم من طرد فيه الخلاف ، انتهى .

وخالف الجمهور فخرجوه على القولين : الشيخ أبو حامد والمحاملى وصاحبا المهذب والتهذيب والجرجانى والخوارزمى انتهى .

وقال ابن النقيب : القسم الثالث وهو :

ماإذا بالى ، ولم يعلم ، ليس فى الشرح والروضة هنا ، ويقتضى المنهاج : الوقوع فيه قطعا ، فليحرر :

فرع

«فى المسائل المبنية على الخلاف فى حنث الناسى والمكره»

قال : لأقتلن فلانا ، وهو يظنه حيا فكان ميتا ، ففى الكفارة خلاف الناسى :

قال : لاأسكن هذه الدار ، فمرض وعجز عن الخروج ، ففى الحنث خلاف المكره

قال : لأشربن ماء هذا الكوز ، فانصب ، أو شربه غيره أو مات الحالف قبل الامكان ، ففيه خلاف المكره :

قال : لاأبيع لزيد مالا ، فوكل زيد وكيلا وأذن له فى التوكيل ، فوكل الحالف فباع وهو لايعلم ، ففيه خلاف الناسى .

قال : لأقضين حقك غدا ، فمات الحالف قبله أو أبرأه أو عجز ، ففيه خلاف المكره .

قال : لأقضين عند رأس الهلال ، فأخره عن الليلة الأولى للشك فيه ، فبان كونها من الشهر ، ففيه خلاف الناسى .

قال : لارأيت منكرا إلا رفعته إلى القاضى فلم يتمكن من الرفع لمرض أو حبس أو جاء إلى باب القاضى فحجب ، أو مات القاضى قبل وصوله إليه ، ففيه خلاف المكره .

قال : لاأفارقك حتى أستوفى حقى ، ففر منه الغريم ، ففيه خلاف المكره :

فان قال : لاتفارقنى ففر الغريم ، حنث مطلقا لأنها يمين على فعل غيره ، بخلاف الأولى ولا يحنث مطلقا إن فر الحالف ، فان أفلس فى الصورة الأولى نمنعه الحاكم من ملازمته ، ففيه خلاف المكره ، وإن استوفى فبان ناقصا ففيه خلاف الجاهل ؛

فرع

«يخرج عن هذا القسم صور عذر فيها بالجهل فى الضمان»

منها : إذا أخرج الوديعة من الحرز على ظن أنها ملكه فتلفت ، فلا ضمان عليه ؛ ولوكان عالما ضمن ، ذكره الرافعى :

قال الأسنوى : ومثله الاستعمال والخلط ونحوهما :

ومنها : إذا استعمل المستعير العارية ، بعد رجوع المعير جاهلا فلا أجرة عليه نقله الرافعى عن القفال وارتضاه :

ومنها : إذا أباح له ثمرة بستان ثم رجع فان الآكل لايغرم ما أكله بعد الرجوع ، وقبل العلم كماذكره فى الحاوى الصغير ؛

وحكى الرافعى : فيه وجهين من غير تصريح بترجيح ؛

ومنها : إذا وهبت المرأة نوبتها من القسم لضرتها ثم رجعت فانها لاتعود إلى الدور من الرجوع على الصحيح بل من حين العلم به ؛

ومن فروع القسم الرابع

«الواطىء بشبهة فيه مهر المثل ، لاتلاف منفعة البضع دون الحد»

منها : من قتل جاهلا بتحريم القتل ، لاقصاص عليه ؛

ومنها : قتل الخطأ ، فيه الدية والكفارة دون القصاص ؛

ومن ذلك مسألة الوكيل : إذا اقتص بعد عفو موكله جاهلا فلا قصاص عليه ، على المنصوص وعليه الدية فى ماله والكفارة ولا رجوع له على العافى لأنه محسن بالعفو وقيل لادية ، وقيل هى على العاقلة ، وقيل يرجع على العافى لأنه غره بالعفو ؛

ونظير هذه المسألة : مالوأذن الامام للولى فى قتل الجانية ، ثم علم حملها فرجع ولم يعلم الولى رجوعه فقتل ، فالضمان على الولى ؛

ومن ذلك : بعد أقسام مسئلة الدهشة ولنلخصها فنقول :

إذا قال مستحق اليمين للجانى : أخرجها ، فأخرج يساره فقطعت فله أحوال ؛

أحدها أن يقصد إباحتها ، فهى مهدرة لاقصاص ولا دية سواء علم القاطع أنها اليسار وأنها لاتجزىٔ أولا لأن صاحبها بذلها مجانا ؛ ولأن فعل الاخراج اقترن بقصد الاباحة فقام مقام النطق ، كتقديم الطعام إلى الضيف ولأن الفعل بعد السؤال والطلب ، كالاذن كما لو قال ناولنى يدك لأقطعها ، فأخرجها أو ناولنى متاعك لألقيه فى البحر فناوله ، فلا ضمان ؛

نعم، يعزر القاطع إذا علم ويبقى قصاص اليمين كما كان ؛

فان قال : ظننت أنها تجزئ أو علمت أنها لاتجزىٔ ولكن جعلتها عوضا عنها سقط وعدل إلى دية اليمين لرضاه بسقوط قصاصها اكتفاء باليسار ؛

الحال الثانى : أن يقصد المخرج إجزاءها عن اليمين ، فيسأل المقتص ؛

فان قال : ظننت أنه أباحها بالاخراج أو أنها اليمين ، أو علمت أنها اليسار ، وأنها لاتجزىٔ ولاتجعل بدلا ، فلا قصاص فيها فى الصور الثلاث فى الأصح لتسليط المخرج له عليها ولكن تجب ديتها ويبقى قصاص اليمين ؛

وإن قال : علمت أنها اليسار وظننت أنها تجزئ ، سقط قصاص اليمين وتجب لكل الدية على الآخر ؛

الحال الثالث : أن يقول : دهشت فأخرجت اليسار ، وظنى أنى أخرج اليمين فيسأل المقتص ، فان قال ظننت أنه أباحها ؛

قال الرافعى : فقياس المذكور فى الحال الثانى ، أن لاتجب القصاص فى اليسار.

قال الأذرعى : وصرح به الكافى لوجود صورة البدل ، قال البلقينى هو السديد .

قال البغوى : تجب كمن قتل رجلا وقال ظننته أذن لى فى القتل ، لأن الظنون البعيدة لاتدرأ القصاص .

وإن قال : ظننتها اليمين أو علمت أنها اليسار وظننتها تجزئ ، فلا قصاص فى الأصح أما فى الأولى ، فلأن الاشتباه فيهما قريب ؛

وأما فى الثانية ، فلعذره بالظن ؛

وإن قال : علمت أنها اليسار وأنها لاتجزئ ، وجب القصاص فى الأصح لأنه لم يوجد من المخرج بذل وتسليط ؛

وفى الصور كلها يبقى قصاص اليمين ، إلا فى قوله : ظننت أن اليسار تجزئ ؛

وإن قال : دهشت أيضا ، لم يقبل منه ويجب القصاص لأن الدهشة لاتليق بحاله ؛

وإن قال : قطعتها عدوانا وجب أيضا .

وإن قال المخرج لم أسمع أخرج يمينك وإنما وقع فى سمعى يسارك ؛

أو قال : قصدت فعل شىء يختص بى أو كان مجنونا فهو كالمدهوش ؛

هذا تحرير أحكام هذه المسألة ؛

وفى نظيرها من الحد يجزئ ، ويسقط قطع اليمين بكل حال :

والفرق أن المقصود فى الحد ، التنكيل وقد حصل ، والقصاص مبنى على التماثل وأن الحدود مبنية على التخفيف ، وأن اليسار تقطع فى السرقة فى بعض الأحوال ، ولا تقطع فى القصاص عن اليمين بحال :

فرع

وخرج عن هذا القسم صور ، لم يعذر فيها بالجهل :

منها : ماإذا بادر أحد الأولياء ، فقتل الجانى بعد عفو بعض الأولياء ، جاهلا به فان الأظهر وجوب القصاص عليه لأنه متعد بالانفراد :

ومنها : إذا قتل من علمه مرتدا أو ظن أنه لم يسلم ، فالمذهب : وجوب القصاص لأن ظن الردة لايفيد إباحة القتل ، فان قتل المرتد إلى الامام ، لاإلى الآحاد :

ومنها : ماإذا قتل من عهده ذميا أو عبدا ، وجهل إسلامه وحريته : فالمذهب وجوب القصاص ، لأن جهل الإسلام والحرية لايبيح القتل .

ومنها : ماإذا قتل من ظنه قاتل أبيه ، فبان خلافه . فالأظهر وجوب القصاص لأنه كان من حقه التثبت :

ومنها : ماإذا ضرب مريضا - جهل مرضه - ضربا يقتل المريض دون الصحيح فمات فالأصح : وجوب القصاص لأن جهل المرض لايبيح الضرب :

وعلم من ذلك : أن الكلام فيمن لايجوز له الضرب :

أما من يجوز له للتأديب ، فلا يجب عليه القصاص قطعا ، وصرح به فى الوسيط :

وخرج عنه صور عذر فيها بالجهل حتى فى الضمان :

منها : ماإذا قتل مسلما بدار الحرب ، ظانا كفره ، فلا قصاص قطعا ، ولا دية فى الأظهر :

ومنها : إذا رمى إلى مسلم تترس به المشركون فان علم إسلامه : وجبت الدية وإلا فلا :

ومنها : إذا أمر السلطان رجلا بقتل رجل ظلما ، والمأمور لايعلم ، فلا قصاص عليه ولا دية ، ولا كفارة :

ومنها : إذا قتل الحامل فى القصاص ، فانفصل الجنين ميتا ، ففيه غرة وكفارة : أو حيا . فمات ، فدية :

ثم إذا استقل الولى بالاستيفاء : فالضمان عليه : وإن أذن له الإمام ، فإن علما أوجهلا أو علم الإمام : دون الولى ، اختص الضمان بالامام على الصحيح ، لأن البحث عليه ، وهو الآمر به :

وفى وجه : على الولى ، لأنه المباشر .

وفى آخر : عليهما :

وإن علم الولى ، دون الامام ، اختص بالولى على الصحيح . لاجتماع العلم والمباشر ؛

وفى وجه : بالامام لتقصيره .

ولو باشر القتل جلاد الامام ؛ فإن جهل ، فلا ضمان عليه بحال ، لأنه آلة الامام ؛ وليس عليه البحث عما يأمره به ، وإن كان عالما ، فكالولى إن علم الامام ، فلا شىء عليه وإلا اختص به .

ولو علم الولى مع الجلاد ، ففى أصل الروضة : الأصح أنه يؤثر ، حتى إذا كانوا عالمين ضمنوا أثلاثا :

قال فى المهمات : وهذا غير مستقيم ، لأن الأصح فيما إذا علما ، أو جهلا : أن الضمان على الامام خاصة ، فكيف يستقيم ذلك هنا ؟ :

قال : فالصواب تفريع المسئلة على القول بالوجوب عليهما إذا علما ؛

ثم من المشكل ؛ أنهما صححا هنا اختصاص الضمان بالامام ؛ إذا علم هو والولى ؛ وصححا فيما إذا رجع الشهود ، واقتص الولى بعد حكم الحاكم ، بأن القصاص واجب على الكل ، بل لم يقل أحد بأن الضمان فى هذه الصورة يختص بالحاكم .

وصححا فيما إذا أمر السلطان بقتل رجل ظلما وكان هو والمأمور عالمين اختصاصه بالمأمور ، إذا لم يكن إكراه :

فهذه ثلاث نظائر مختلفة :

قال فى ميدان الفرسان : وكأن الفرق : أن الاحاطة بسبب المنع من الإقدام على القتل فى غير مسئلة الحامل لايتوقف على إخبار الحاكم به بخلاف فيها ، فإن مناط المنع فيها الظن الناشىء من شهادة النسوة بالحمل : ومنصب سماع الشهادة يختص بالحاكم ، فإذا أمكن من القتل بعد أدائها : آذن ذلك بضعف السبب عنده ، فأثر فى ظن الولى . فلذلك أحيل الضمان على تفريط الحاكم ، ولم يقل به عند رجوع الولى والقاضى ، لعدم ذلك فيه : انتهى :

من يقبل منه دعوى الجهل . ومن لا يقبل

كل من جهل تحريم شىء مما يشترك فيه غالب الناس . لم يقبل ، إلا أن يكون قريب عهد بالإسلام ، أو نشأ ببادية بعيدة يخفى فيها مثل ذلك : كتحريم الزنا ، والقتل ، والسرقة والخمر ، والكلام فى الصلاة ، والأكل فى الصوم ، والقتل بالشهادة إذا رجعا ، وقالا تعمدنا ، ولم نعلم أنه يقتل بشهادتنا : ووطء المغصوبة ، والمرهونة بدون إذن الراهن ، فإن كان بإذنه قبل مطلقا لأن ذلك يخفى على العوام :

ومن هذا القبيل أعنى الذى يقبل فيه دعوى الجهل مطلقا ، لخفائه كون التنحنح مبطلا للصلاة ، أوكون القدر الذى أتى به من الكلام محرما ، أوالنوع الذى تناوله مفطرا فالأصح فى الصور الثلاث : عدم البطلان .

ولو علم تحريم الطيب ، واعتقد فى بعض أنواع الطيب أنه ليس بحرام . فالصحيح وجوب الفدية لتقصيره ، كذا فى كتب الشيخين ؛

فقد يقال : إنه مخالف لمسألتى الصلاة ، والصوم ؛

ولا يقبل دعوى الجهل ، بثبوت الرد بالعيب . والأخذ بالشفعة من قديم الإسلام ، لاشتهاره وتقبل فى ثبوت خيار العتق ، وفى نفى الولد فى الأظهر ، لأنه لايعرفه إلا الخواص ؛

قاعدة

(كل من علم تحريم شىء ، وجهل ما يترتب عليه ، لم يفده ذلك)

كمن علم تحريم الزنا ، والخمر ، وجهل وجوب الحد ؛ يحد بالإتفاق ، لأنه كان حقه الامتناع ؛

وكذا لو علم تحريم القتل ، وجهل وجوب القصاص : يجب القصاص ؛

أو علم تحريم الكلام ، وجهل كونه مبطلا : يبطل ؛

وتحريم الطيب ، وجهل وجوب الفدية : تجب ؛

فرع

علم بثبوت الخيار ، وقال : لم أعلم أنه على الفور ؛ قالوا : فى الرد بالعيب ، والأخذ بالشفعة . يقبل : لأن ذلك مما يخفى . كذا أطلقه الرافعى ، واستدركه النووى ؛ فقال : شرطه أن يكون مثله ممن يخفى عليه ؛

وفى عتق الأمة نقل الرافعى عن الغزالى : أنها لاتقبل ؛ وجزم به فى الحاوى الصغير . لأن من علم ثبوت أصل الخيار علم كونه على الفور ؛

ثم قال الرافعى : ولم أر لهذه الصورة تعرضا فى سائر كتب الأصحاب ؛ نعم : صورها العبادى فى الرقم : بأن تكون قديمة عهد بالاسلام ، وخالطت أهله ؛ فان كانت حديثة عهد ، ولم تخالط أهله ، فقولان ؛

وفى نفى الولد : سوى فى التنبيه بينه وبين دعوى الجهل بأصل الخيار ، فيفصل فيه بين قديم الإسلام وقريبه . وأقره النووى فى التصحيح ، ولا ذكر للمسئلة فى الروضة وأصلها .

تذنيب

« فى نظائر متعلقة بالجهل »

منها : عزل الوكيل قبل علمه : فيه وجهان ؛ والأصح : انعزاله ، وعدم نفوذ تصرفه .

ومنها : عزل القاضى قبل علمه : والأصح فيه : عدم الانعزال ، حتى يبلغه ؛ والفرق : عسر تتبع أحكامه بالإبطال ، بخلاف الوكيل :

ومنها : الواهبة نوبتها فى القسم إذا رجعت ولم يعلم الزوج : لايلزمه القضاء ، وقيل : فيه خلاف الوكيل .

ومنها : لو قسم للحرة ليلتين ، والأمة ليلة فعتقت ولم يعلم . قال الماوردى : لاقضاء وقال ابن الرفعة : القياس أن يقضى لها ؛

ومنها : لو أباح ثمار بستانه ، ثم رجع ، ولم يعلم المباح له : ففى ضمان ماأكل خلاف الوكيل :

ومنها : النسخ قبل بلوغ المكلف ، فيه خلاف الوكيل ، قاله الرويانى ؛

ومنها : لو عفا الولى ، ولم يعلم الجلاد : فاقتص، ففى وجوب الدية قولان ، مخرجان من عزل الوكيل . أصحهما : الوجوب .

ومنها : لو أذن لعبده فى الإحرام : ثم رجع ، ولم يعلم العبد : فله تحليله فى الأصح :

ومنها : لو أذن المرتهن فى بيع المرهونة : ثم رجع ، ولم يعلم الراهن: ففى نفوذ تصرفه وجهان : أصحهما : لاينفذ :

ومنها : إذا خرج الأقرب عن الولاية : فهى للأبعد : فلو زال المانع من الأقرب ، وزوج الأبعد وهو لايعلم . ففى الصحة : الوجهان ؛

ومنها : لو عتقت الأمة ، ولم تعلم ، فصلت مكشوفة الرأس فقولان ؛ أصحهما : تجب الاعادة :

ومنها : لو وكله وهو غائب ، فهل يكون وكيلا من حين التوكيل ، أومن حين بلوغ الخبر ؟ وجهان : مقتضى مافى الروضة : تصحيح الأول ؛

ومنها : لو أذن لعبده فى النكاح ، ثم رجع ولم يعلم العبد ؛ ففى صحة نكاحه : وجهان ؛

ومنها : لواستأذنها غير المجبر ، فأذنت ، ثم رجعت، ولم يعلم حتى زوج : ففى صحته خلاف الوكيل .

فصل

وأما المكره : فقد اختلف أهل الأصول فى تكليفه على قولين

وفصل الإمام فخر الدين وأتباعه ، فقالوا : إن انتهى الإكراه إلى حد الإلجاء ، لم يتعلق به حكم ، وإن لم يلته إلى ذلك ، فهو مختار . وتكليفه جائز شرعا وعقلا :

وقال الغزالى فى البسيط : الإكراه يسقط أثر التصرف عندنا ، إلا فى خمس مواضع ، وذكر إسلام الحربى ، والقتل ، والارضاع ، والزنا ، والطلاق ، إذا أكره على فعل المعاق عليه .

وزاد عليه غيره مواضع :

وذكر النووى فى تهذيبه : أنه يستثنى مائة مسئلة ، لاأثر للاكراه فيها ، ولم يعددها :

وطالما أمعنت النظر فى تتبعها ، حتى جمعت منها جملة كثيرة ، وقد رأيت الاكراه يساوى النسيان : فإن المواضع المذكورة : إما من باب ترك المأمور ، فلا يسقط تداركه ولا يحصل الثواب المرتب عليه ، وإما من باب الإتلاف ، فلا يسقط الحكم المترتب عليه وتسقط العقوبة المتعلقة به ، إلا القتل على الأظهر :

وها أنا أسرد مايحضرنى من ذلك :

الأول : الاكراه عن الحدث ، وهو من باب الإتلاف : فإنه إتلاف للطهارة ، ولهذا لو أحدث ناسيا انتقض ، وفى مس الفرج وجه ضعيف : أنه لاينتقض ناسيا :

وإذا نوعت هذه الصورة إلى أسباب الحدث الأربعة والجماع كثرت الصور :

الثانى : الإكراه على إفساد الماء بالاستعمال ، أو النجاسة ، أو مغير طاهر : فانه يفسد وهو أيضا من باب الإتلاف ، إذ لافرق فيه بين العمد وغيره :

الثالث : قال فى الروضة : لو ألقى إنسان فى نهر مكرها ، فنوى فيه رفع الحدث : صح وضوءه :

وقال فى شرح المهذب : قال الشيخ أبو على : أطلق الأصحاب صحة وضوئه ، ولا بد فيه من تفصيل :

فان نوى رفع الحدث ، وهو يريد المقام فيه ، ولو لحظة : صح ، لأنه فعل يتصور قصده :

وإن كره المقام ، وتحقق الاضطرار من كل وجه : لم يصح وضوءه : إذ لاتتحقق النية به :

الرابع ، والخامس : الإكراه على غسل النجاسة ، ودبغ الجلد :

السادس : الإكراه على التحول عن القبلة فى الصلاة : فتبطل :

السابع : الإكراه على الكلام فيها : فتبطل فى الأظهر ، لندوره :

الثامن : الإكراه على فعل ينافى الصلاة ، فتبطل قطعا ، لندوره ؛

التاسع : الإكراه على ترك القيام، فى الفرض ؛

العاشر : الإكراه على تأخير الصلاة عن الوقت ، فتصير قضاء ؛

الحادى عشر : الاكراه على تفرق المتصارفين قبل القبض . فيبطل ، كما ذكره فى الاستقصاء وغيره ، وكذلك يبطل مع النسيان ، كما نص عليه ، والجهل ، كما صرح به الماوردى ؛

قال الزركشى : وقياسه فى رأس مال السلم كذلك ؛

الثانى عشر : لو ضربا فى خيار المجلس حتى تفرقا ؛ ففى انقطاع الخيار قولا حنث المكره ؛

الثالث عشر : الاكراه على إتلاف مال الغير ، فانه يطالب بالضمان ؛ وإن كان القرار على المكره فى الأصح .

الرابع عشر : الاكراه على إتلاف الصيد كذلك، بخلاف مالو حلق شعر محرم مكرها لايكون للمحرم طريقا فى الضمان على الأظهر ، لأنه لم يباشر ؛

الخامس عشر : الاكراه على الأكل فى الصوم، فإنه يفطر فى أحد القولين ، وصححه الرافعى فى المحرر ؛

السادس عشر : الاكراه على الجماع فى الصوم فيه الطريقان الآتيان ؛

السابع عشر : الاكراه على الجماع فى الاحرام فيه طريقان فى أصل الروضة ، بلا ترجيح ؛

أحدهما : يفسد قطعا ، بناء على أن إكراه الرجل على الوطء لايتصور ؛

والثانى : فيه وجهان ، بناء على الناسى .

الثامن عشر : الاكراه على الخروج من المعتكف فانه يبطل فى أحد القولين ، كالأكل فى الصوم ؛

التاسع عشر : الاكراه على إعطاء الوديعة لظالم ، فإنه يضمن فى الأصح ، ثم يرجع على من أخذ منه ؛

العشرون : الاكراه على الذبح ، أو الرمى من محرم ، أو مجوسى ، لحلال ومسلم ؛

الحادى والعشرون : إكراه الحربى ، على الاسلام ؛

الثانى والعشرون : إكراه المرتد عليه ؛

الثالث والعشرون : إكراه الذمى على وجه ، الأصح : خلافه ؛

الرابع والعشرون : الاكراه على تخليل الخمر بلا عين ؛

قال الأسنوى : يحتمل إلحاقه بالمختار ، ويحتمل القطع بالطهارة ؛

الخامس والعشرون - إلى الثلاثين : الاكراه على الوطء ، فيحصل الاحصان ، ويستقر المهر ، وتحل للمطلق ثلاثا ، ويلحقه الولد ، وتصير أمته به مستولدة ، ويلزمه المهر في غير الزوجة ؛

قلته تخريجا ، ثم رأيت الأسنوى ذكر بحثا أنه كاتلاف المال :

الحادى والثلاثون : الاكراه على القتل ؛ فيجب القصاص على المكره في الأظهر .

الثانى والثلاثون : الاكراه على الزنا لايبيحه ؛

الثالث والثلاثون : وعلى اللواط ؛

الرابع والثلاثون : ويوجب الحد في قول ؛

الخامس والثلاثون : الاكراه على شهادة الزور ، والحكم بالباطل في قتل ، أو قطع ، أو جلد .

السادس والثلاثون : الاكراه على فعل المحلوف عليه ، في أحد القولين ؛

السابع والثلاثون ، والثامن ، والتاسع والثلاثون : الاكراه على طلاق زوجة المكره أو بيع ماله ، أو عتق عبده ، لأنه أبلغ في الاذن ؛

أما لو أكره أجنبي الوكيل على بيع ماوكل فيه ، ففي نظيره من الطلاق احتمالان للرويانى . حكاهما عنه في الروضة وأصلها ، أصحهما عنده : عدم الصحة ، لأنه المباشر ؛

الأربعون : الاكراه على ولاية القضاء ؛

الحادى والأربعون : لو أكره المحرم ، أو الصائم على الزنا ؛

قال الأسنوى : لايحضرنى فيها نقل ، والمتجه : أنه يفسد عبادته ، لأنه لايباح بالاكراه ؛

قال : إلا أن عدم وجوب الحد ، قد يرجح عدم الافساد ؛

الثانى والأربعون : لو أكره على ترك الوضوء ، فتيمم ؛

قال الرويانى : لاقضاء . قال النووى : وفيه نظر ؛

قال : لكن الراجح ماذكره ؛ لأنه في معنى من غصب ماؤه ؛

قال الأسنوى : والمتجه خلافه ، لأن الغصب كثير معهود ، بخلاف الاكراه على ترك الوضوء ، فعلى هذا يستثنى .

الثالث والأربعون : الاكراه على السرقة : لايسقط الحد في قول ؛

الرابع والأربعون : لايرث القاتل مكرها ، على الصحيح .

الخامس ، والسادس والأربعون : الاكراه على الارضاع : يحرم اتفاقا ، ويوجب المهر إذا انفسخ به النكاح على المرضعة ، على الأصح .

قال الأسنوى : وفيه نظر .

السابع والأربعون : الإكراه على القذف : يوجب الحد فى وجه .

الثامن والأربعون : الاكراه بحق به ، وتحت ذلك صور :

الاكراه على الأذان ، وعلى فعل الصلاة ، والوضوء وأركان الطهارة ، والصلاة ، والحج ، وأداء الزكاة ، والكفارة ، والدين ، وبيع ماله فيه ، والصوم ، والاستئجار للحج ، والانفاق على رقيقه ، وبهيمته ، وقريبه ، وإقامة الحدود ، وإعتاق المنذور عتقه كما صرح به فى البحر ، والمشترى بشرط العتق ، وطلاق المولى إذا لم يطأ ، واختيار من أسلم على أكثر من أربع ، وغسل الميت ، والجهاد .

فكل ذلك يصح مع الاكراه .

فهذه أكثر من عشرين صورة فى ضابط الاكراه بحق .

ومنه فيما ذكر الأسنوى : أن يأذن أجنبى للعبد فى بيع ماله : فيمتنع ، فيكرهه السيد ، فلا شك فى الصحة ، لأن للسيد غرضا صحيحا فى ذلك : إما لتقليد إمامه . أو أخذ أجرة .

فهذه أكثر من سبعين صورة ، لاأثر للاكراه فيها .

وفى بعض صورها مايقتضى التعدد باعتبار أنواعه ، فيبلغ بذلك المائة .

وفيها نحو عشر صور على رأى ضعيف .

تنبيه

من المشكل ، قول المنهاج فى الخلع ، وإن قال : أقبضتنى : فقيل : كالاعطاء . والأصح كسائر التعليق ، فلا يملكه . ولايشترط للاقباض مجلس . ويشترط لتحقق الصفة أخذه بيده منها ، ولو مكرهة .

ووجه الاشكال : أن المعلق عليه إقباضها ، والاقباض مع الإكراه ملغى شرعا ، فلا اعتبار به .

قال السبكى : فذكره فى المنهاج لامخرج له إلا الحمل على السهو . ولم يذكر ذلك فى الروضة والشرح ، إلا فيما إذا قال : إن قبضت منك ، لافى قوله : إن أقبضتنى .

قال البلقينى : فما وقع فى المنهاج وهم ، انتقل من مسئلة « إن قبضت » إلى مسئلة « إن أقبضتنى » .

مايباح بالاكراه وما لا يباح

فيه فروع :

الأول : التلفظ بكلمة الكفر ، فيباح به ، للآية . ولا يجب ، بل الأفضل : الامتناع

مصابرة ، على الدين ، واقتداء بالسلف . وقيل : الأفضل التلفظ ، صيانة لنفسه . وقيل إن كان ممن يتوقع منه النكاية فى العدو ، والقيام بأحكام الشرع : فالأفضل ، التلفظ ، لمصلحة بقائه ، وإلا فالأفضل الامتناع :

الثانى : القتال المحرم لحق الله ، ولا يباح به ، بلا خلاف : بخلاف المحرم للمالية ، كنساء الحرب ، وصبيانهم ، فيباح به .

الثالث : الزنا ، ولا يباح به بالاتفاق أيضا : لأن مفسدته أفحش من الصبر على القتل وسواء كان المكره رجلا ، أو امرأة .

الرابع : اللواط ، ولا يباح به أيضا . صرح به فى الروضة :

الخامس : القذف . قال العلائى : ولم أر من تعرض له : وفى كتب الحنفية : انه يباح بالاكراه : ولا يجب به حد ، وهو الذى تقتضيه قواعد المذهب : انتهى :

قلت : قد تعرض له ابن الرفعة فى المطلب . فقال : يشبه أن يلتحق بالتلفظ بكلمة الكفر ولا نظر إلى تعلقه بالمقذوف ، لأنه لم يتضرر به .

السادس : السرقة ، قال فى المطلب : يظهر أن تلتحق باتلاف المال ، لأنها دون الإتلاف .

قال فى الخادم : وقد صرح جماعة بإباحتها ، منهم القاضى حسين ، فى تعليقه :

قلت : وجزم به الأسنوى فى التمهيد :

السابع : شرب الخمر ، ويباح به قطعا ، استبقاء للمهجة ، كما يباح لمن غص بلقمة أن يسيغها به ، ولكن لا يجب على الصحيح ، كما فى أصل الروضة :

الثامن : شرب البول ، وأكل الميتة ، ويباحان ، وفى الوجوب : احتمالان للقاضى حسين :

قلت : ينبغى أن يكون أصحهما : الوجوب :

التاسع : إتلاف مال الغير ، ويباح به ، بل يجب قطعا ، كما يجب على المضطر أكل طعام غيره :

العاشر : شهادة الزور ، فان كانت تقتضى قتلا ، أو قطعا ، ألحقت به ، أو إتلاف مال ألحقت به ، أو جلدا ، فهو محل نظر ، إذ يفضى إلى القتل ، كذا فى المطلب .

وقال الشيخ عز الدين : لو أكره على شهادة زور ، أو حكم باطل . فى قتل ، أو قطع ، أو إحلال بضع ، استسلم للقتل ، وإن كان يتضمن إتلاف مال ، لزمه ذلك حفظا للمهجة :

الحادى عشر : الفطر فى رمضان ، ويباح به ، بل يجب على الصحيح :

الثانى عشر : الخروج من صلاة الفرض : وهو كالفطر :

فائدة

ضبط الأودنى هذه الصور : بأن مايسقط بالتوبة ، يسقط حكمه بالاكراه ، ومالا فلا ، نقله فى الروضة وأصلها ؛

قال فى الخادم : وقد أورد عليه شرب الخمر ،فانه يباح بالاكراه ،ولا يسقط حده بالتوبة وكذلك القذف ؛

مايتصور فيه الاكراه ، ومالا

قال العلماء : لايتصور الإكراه على شىء من أفعال القلوب ؛

وفى الزنا : وجهان : أصحهما : أنه يتصور ، لأنه منوط بالايلاج ؛

والثانى :إلا ، لأن الايلاج ، إنما يكون مع الانتشار ، وذلك راجع إلى الاختيار والشهوة ؛

وفى التلبيه : ولا يعذر أحد من أهل فرض الصلاة فى تأخيرها عن الوقت ، إلا نائم أو ناس ، أو من أكره على تأخيرها ؛

واستشكل تصوير الاكراه على تأخير الصلاة ؛ فانكل حالة تلتقل لما دونها إلى إمرار الأفعال على القلب ، وهو شىء لايمكن الاكراه على تأخيره ؛ وهو يفعله غير مؤخر ؛

وصوره فى شرح المهذب بالاكراه على التلبس بمناف ؛

وقال القاضى زين الدين البلغيانى : المراد أكره على أن يأتى بها على غير الوجه المجزىء ، من الطهارة ونحوها ؛ ولا يكون الاكراهعذرا فى الاجزاء، لندوره ؛ أويكره المحدث على تأخيرها عن الوقت ؛ ويمنع من الوضوء فى الوقت .

وقال الشيخ تاج الدين السبكى ، فى التوشيح : قد يقال : المكره قد يدهش ، حتى عن الايماء بالطرف ؛ ويكون مؤخرا معذورا ، كالمكره على الطلاق ؛ لايلزمه التورية إذا اندهش قطعا ؛

مايحصل به الاكراه

قال الرافعى : الذى مالإليه المعتبرون : أنالاكراهعلىالقتل لايحصل إلابالتخويف بالقتل ، أو مايخاف منه القتل ؛

وأما غيره ، ففيه سبعة أوجه .

أحدها : لايحصل إلا بالقتل .

الثانى : القتل ، أوالقطع ، أوضرب يخاف منه الهلاك .

الثالث : مايسلب الاختيار ، ويجعله كالهارب من الأسد الذى يتخطى الشوك والنار ولا يبالى ، فيخرج عنه الحبس ؛

الرابع : اشتراط عقوبة بدنية ، يتعلق بها قود ؛

الخامس : إشتراط عقوبة شديدة تتعلق ببدنه ، كالحبس الطويل ؛

السادس : أنه يحصل بما ذكر ، وبأخذ المال ، أو إتلافه ، والاستخفاف بالأماثل ، وإهانتهم ، كالصفع بالملأ ، وتسويد الوجه ؛ وهذا اختيار جمهور العراقيين ، وصححه الرافعى ؛

السابع : — وهو اختيار النووى فى الروضة — : أنه يحصل بكل مايؤثر العاقل الاقدام عليه ، حذرا ما هدد به ، وذلك يختلف باختلاف الأشخاص ، والأفعال المطلوبة ، والأمور المخوف بها فقد يكون الشيء إكراها فى شيء دون غيره ، وفى حق شخص دون آخر .

فالإكراه على الطلاق يكون بالتخويف بالقتل ، والقطع ، والحبس الطويل ، والضرب الكثير ، والمتوسط لمن لايحتماه بدنه ولم يعتده ، وبتخويف ذى المروءة بالصفع فى الملأ وتسويد الوجه ، ونحوه ، وكذا بقتل الوالد وإن علا والولد ، وإن سفل على الصحيح ؛ لاسائر المحارم ؛ وإتلاف المال على الأصح ؛

وإن كان الاكراه على القتل ، فالتخويف بالحبس ، وقتل الولد ليس إكراها ؛

وإن كان على إتلاف مال ، فالتخويف بجميع ذلك إكراه ؛

قال النووى : وهذا الوجه أصح : لكن فى بعض تفصيله المذكور نظر .

والتهديد بالنفى عن البلد إكراه على الأصح ، لأن مفارقة الوطن شديدة ، ولهذا جعلت عقوبة للزانى .

وكذا تهديد المرأة بالزنا ، والرجل باللواط ؛

ولا بد فى كل ذلك من أمور :

أحدها : قدرة المكره على تحقيق ماهدد به بولاية ، أو تغلب ، أو فرط هجوم ؛

ثانيها : عجز المكره عن دفعه بهرب ، أو استغاثة ، أو مقاومة ؛

ثالثها : ظنه أنه إن امتنع مما أكره عليه أوقع به المتوعد ؛

رابعها : كون المتوعد مما يحرم تعاطيه على المكره .

فلو قال ولى القصاص للجانى : طلق امرأتك ، وإلا اقتصصت منك . لم يكن إكراها .

خامسها : أن يكون عاجلا ؛

فلو قال : طلقها وإلا قتلتك غدا ، فليس بإكراه .

سادسها : أن يكون معينا ؛

فلو قال : اقتل زيدا ، أو عمرا ، فليس بإكراه ؛

سابعها : أن يحصل بفعل المكره عليه التخلص من المتوعد به ؛

فلو قال : اقتل نفسك ؛ وإلاقتلتك ، فليس بإكراه ؛

ولا يحصل الإكراه بقوله : وإلا قتلت نفسي ، أوكفرت ، أو أبطلت صومي ، أو صلاتي ؛

ويشترط في الاكراه على كلمة الكفر طمأنينة القلب بالإيمان ؛

فلو نطق معتقدا بها كفر ، ولو نطق غافلا عن الكفر والإيمان ففي ردته وجهان في الحاوي ؛ قال في المطلب : والآية تدل على أنه مرتد.

قال الماوردي : والأحوال الثلاثة يأتي مثلها في الطلاق ، ولا يشترط في الطلاق التورية ، بأن ينوي غيرها على الأصح ؛

وفي شرب المهذب : نص الشافعي على أن من أكره على شرب خمر ، أوأكل محرم يجب أن يتقيأ إذا قدر.

أمر السلطان ، هل يكون إكراها؟

اختلف في أمر السلطان : هل ينزل منزلة الإكراه ؟ على وجهين ، أوقولين :

أحدها : لا ، وإنما الإكراه بالتهديد صريحا ، كغير السلطان.

والثاني : نعم ، لعلتين :

إحداها : أن الغالب من حاله السطوة عند المخالفة ؛

والثاني : أن طاعته واجبة في الجملة ، فينتهض ذلك شبهة ؛

قال الرافعي : ومقتضى ماذكره الجمهور صريحا ودلالة : أنه لاينزل منزلة الإكراه ؛

قال : ومثل السلطان في إجراء الخلاف : الزعيم ، والمتغلب. لأن المدار على خوف المحذور من مخالفته.

وأما حكم الحاكم وحكم الشرع ، فهل ينزلان منزلته ؟

فيه فروع :

منها : لو حلف لايفارقه ، حتى يستوفي حقه فأفلس ؛ ومنعه الحاكم من ملازمته ، ففيه قولا المكره ؛

ومنها : لوحلف ليطأن زوجته الليلة : فوجدها حائضا ، لم يحنث ، كما لو أكره على ترك الوطء.

ومنها : قال ، إن لم تصومى غدا فأنت طالق ، فحاضت فوقوع الطلاق على الخلاف فى المكره ، ذكره الرافعى .

ومنها : من ابتلع طرف خيط ليلا ، وبقى طرفه خارجا ، ثم أصبح صائما ، فان نزعه أفطر ، وإن تركه لم تصح صلاته ؛ لأنه متصل بنجاسة ؛

وقال فى الخادم : فطريقه أن يجبره الحاكم على نزعه ، ولا يفطر لأنه كالمكره ؛

قال : بل لو قيل : لايفطر بالنزع باختياره لم يبعد تنزيلا لإيجاب الشرع منزلة الاكراه ، كما إذا حلفت : أن يطأها فى هذه الليلة ، فوجدها حائضا لايحنث ؛

ومنها : لو حلف لايحلف يمينا مغلظة ، فوجب عليه يمين وقلنا بوجوب التغليظ حلف ، وحنث .

ومنها : لو كان له عبد مقيد ، فحلف بعتقه أن فى قيده عشرة أرطال ؛ وحلف بعتقه لايحله هو ولا غيره ، فشهد عند القاضى عدلان أن فى قيده خمسة أرطال ، فحكم بعتقه ، ثم حل القيد ، فوجده عشرة أرطال : قال ابن الصباغ : لاشىء على الشاهدين ؛ لأن العتق حصل بحل القيد ، دون الشهادة لتحقق كذبهما ؛ حكاه الرافعى فى أواخر العتق ؛

تنبيـه

يقع فى الفتاوى كثيرا أن رجلا حلف بالطلاق لايؤدى الحق الذى عليه ، فيفتى فى خلاصه بأن يرفع إلى الحاكم ، فيحكم عليه بالأداء ؛ وأنه لا يحنث ، تنزيلا للحكم منزلة الاكراه .

وعندى فى هذه وقفة :

أما أولا : فلأن الشيخين : لم ينزلا الحكم منزلة الاكراه فى كل صورة ، ولا قررا ذلك : قاعدة عامة ، بل ذكراها فى بعض الصور ؛ وذكرا خلافه فى بعضها ، كما تراه ؛ فليس إلحاق هذه الصورة بالصورة التى حكما فيها بعدم الحنث أولى من إلحاقها بالتى حكما فيها بالحنث.

أما ثانيا : فلأن الاكراه بحق ، لاأثر له فى عدم النفوذ ، بدليل صحة بيع من أكرهه الحاكم على بيع ماله لوفاء دينه ، وطلاق المولى إذا أكرهه الحاكم لأن الاكراه فيهما بحق ؛

فالذى ينشرح له الصدر فيما نحن فيه : القول بالحنث ، ولا أثر للحكم فى منعه ؛

هذا إذا كان معترفا بالحق ؛ فان كان منكرا له ، وثبت بالبينة قوى فى هذه الحالة عدم الحنث لأنه يزعم أنه مظلوم فى هذا الحكم ، فلم يكن الاكراه بحق فى دعواه ؛ والطلاق لا يقع بالشك ؛ وقولى فى هذه الحالة : بعدم الحنث : أى ظاهرا ؛

فلو كانت البينة صادقة فى الواقع ، وهو عالم بأن عليه ما شهدت به ؛ وقع باطنا ؛ والله أعلم ه

ثم رأيت الزركشي قال في قواعده : ذكر الرافعي في كتاب الطلاق : أنه لو قال : إن أخذت مني حقك ، فأنت طالق . فأكرهه السلطان ، حتى أعطى بنفسه فعلى القولين في فعل المكره .

وقضيته : ترجيح عدم الحنث . والمتجه خلافه . لأنه إكراه بحق هذه عبارته .

القول : في النائم ، والمجنون ، والمغمى عليه

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاث : عن النائم ، حتى يستيقظ . وعن المبتلى ، حتى يبرأ ، وعن الصبي ، حتى يكبر » .

هذا حديث صحيح ، أخرجه أبو داود بهذا اللفظ . من حديث عائشة رضي الله عنها .

وأخرجه من حديث علي وعمر بلفظ « عن المجنون ، حتى يبرأ ، وعن النائم حتى يعقل »

وأخرجه أيضا عنهما بلفظ « عن المجنون حتى يفيق » ، وبلفظ « عن الصبي ، حتى يحتلم » وبلفظ « حتى يبلغ » .

وذكر أبو داود : أن ابن جريج رواه عن القاسم بن يزيد . عن علي عن النبي صلى الله عليه وسلم ، فزاد فيه « والخرف » .

وأخرجه الطبراني من حديث ابن عباس ، وشداد بن أوس ، وثوبان والبزار من حديث أبي هريرة .

قلت : قد ألف السبكي في شرح هذا الحديث كتابا ، سماه « إبراز الحكم ، من حديث : رفع القلم » ، ذكر فيه ثمانية وثلاثين فائدة تتعلق به .

وأنا أنقل منه هنا في مبحث الصبي ما تراه إن شاء الله تعالى .

وأول ما نبه عليه : أن الذي وقع في جميع روايات الحديث : في سنن أبي داود ، وابن ماجه والنسائي ، والدارقطني « عن ثلاثة » بإثبات الهاء ، ويقع في بعض كتب الفقهاء « ثلاث » بغير هاء .

قال : ولم أجد لها أصلا .

قال الشيخ أبو إسحاق : « العقل » صفة يميز بها الحسن والقبيح .

قال بعضهم : ويزيله الجنون والإغماء والنوم .

وقال الغزالي : الجنون يزيله والإغماء يغمره والنوم يستره .

قال السبكي : وإنما لم يذكر المغمى عليه في الحديث ، لأنه في معنى النائم وذكر الخرف في بعض الروايات ، وإن كان في معنى المجنون لأنه عبارة عن اختلاط العقل بالكبر ، ولا يسمى جنونا ، لأن الجنون يعرض من أمراض سوداوية ويقبل العلاج ، والخرف خلاف ذلك .

ولهذا لم يقل فى الحديث «حتى يعقل» لأن الغالب أنه لا يبرأ منه إلى الموت ؛
قال : ويظهر أن الخرف رتبة بين الإغماء والجنون ، وهى إلى الإغماء أقرب انتهى ؛
واعلم : أن الثلاثة قد يشتركون فى أحكام ، وقد ينفرد النائم عن المجنون والمغمى عليه تارة ويلحق بالنائم ، وتارة يلحق بالمجنون ؛

وبيان ذلك بفروع

الأول : الحدث يشترك فيه الثلاثة .
الثانى : استحباب الغسل عند الإفاقة للمجنون ، ومثله المغمى عليه ؛
الثالث : قضاء الصلاة إذا استغرق ذلك الوقت ، يجب على النائم ، دون المجنون ، والمغمى عليه كالمجنون ؛
الرابع : قضاء الصوم إذا استغرق النهار ، يجب على المغمى عليه بخلاف المجنون ؛
والفرق بينه وبين الصلاة : كثرة تكررها ؛
ونظيره : وجوب قضاء الصوم على الحائض والنفساء ، دون الصلاة ؛
وأما النائم : إذا استغرق النهار وكان نوى من الليل - فانه يصح صومه على المذهب ؛
والفرق بينه وبين المغمى عليه : أنه ثابت العقل ، لأنه إذا نبه انتبه بخلافه ؛
وفى النوم وجه : أنه يضر كالإغماء .
وفى الإغماء وجه : أنه لا يضر كالنوم ، ولا خلاف فى الجنون ؛
وأما غير المستغرق من الثلاثة ، فالنوم لا يضر بالإجماع ، وفى الجنون قولان : الجديد البطلان ، لأنه مناف للصوم ، كالحيض وقطع به بعضهم ؛
وفى الإغماء طرق :
أحدها : لا يضر إن أفاق جزءا من النهار ، سواء كان فى أوله أو آخره ؛
والثانى : القطع بأنه إن أفاق فى أوله صح ، وإلا فلا ؛
والثالث : وهو الأصح - فيه أربعة أقوال ، أظهرها لا يضر إن أفاق لحظة ما ؛
والثانى : فى أوله خاصة ؛
والثالث : فى طرفيه ؛
والرابع : يضر مطلقا فيه ، فتشترط الإفاقة جميع النهار ؛
والفرع الخامس : الأذان ؛
لو نام أو أغمى عليه أثناءه ، ثم أفاق ، إن لم يطل الفصل بنى ، وإن طال ، وجب والاستئناف على المذهب ،
قال فى شرح المهذب ، قال أصحابنا : والجنون هنا كالإغماء ؛
السادس : لو لبس الخف ، ثم نام حتى مضى يوم وليلة انقضت المدة ؛

قال البلقيني : ولو جن أو أغمي عليه ، فالقياس أنه لاتحسب عليه المدة لأنه لاتجب عليه الصلاة ، بخلاف النوم لوجوب القضاء ؛

قال : ولم أر من تعرض لذلك ؛

السابع : إذا نام المعتكف حسب زمن النوم من الاعتكاف قطعا ، لأنه كالمستيقظ ؛ وفي زمان الإغماء وجهان : أصحهما يحسب ولا يحسب زمن الجنون قطعا ، لأن العبادات البدنية لايصح أداؤها في حال الجنون ؛

الثامن : يجوز للولي أن يحرم عن المجنون بخلاف المغمى عليه كما جزم به الرافعي ؛

التاسع : الوقوف بعرفة لايصح من المجنون ؛ والمغمى عليه مثله في الأصح ، بخلاف النائم المستغرق في الأصح ؛

وحكى الرافعي عن المتولى - وأقره - : أنه إذا لم يجزه في المجنون يقع نفلا ، كحج الصبي ؛

وكذا المغمى عليه ، كما في شرح المهذب .

العاشر : يصح الرمي عن المغمى عليه ، ممن أذن له قبل الإغماء ، في حال تجوز فيه الاستنابة ؛

قال في شرح المهذب : والمجنون مثله ، صرح به المتولى وغيره ؛

الحادي عشر : يبطل بالجنون كل عقد جائز ، كالوكالة إلا في رمي الجمار ، والإيداع والعارية والكتابة الفاسدة ، ولا يبطل بالنوم . وفي الإغماء وجهان : أصحهما كالجنون ؛

الثاني عشر : ينعزل القاضي بجنونه وبإغمائه بخلاف النوم ؛

الثالث عشر : ينعزل الإمام الأعظم بالجنون : ولا ينعزل بالإغماء لأنه متوقع الزوال

الرابع عشر : إذا جن ولي النكاح ، انتقلت الولاية للأبعد والإغماء إن دام أياما ، ففي وجه : كالجنون ، والأصح لا ، بل ينتظر كما لو كان سريع الزوال .

الخامس عشر : يزوج المجنون وليه بشرطه المعروف ولا يزوج المغمى عليه كما يفهم من كلامهم ، وهو نظير الاحرام بالحج ؛

السادس عشر: قال الأصحاب: لايجوز الجنون على الأنبياء لأنه نقص ويجوز عليهم الاغماء لأنه مرض ، ونبه السبكي على أن الاغماء الذي يحصل لهم ليس كالاغماء الذي يحصل لآحاد الناس ، وإنما هو اغلبة الأوجاع للحواس الظاهرة فقط دون القلب ؛

قال : لأنه قد ورد « أنه إنما تنام أعينهم دون قلوبهم » فإذا حفظت قلوبهم وعصمت من النوم الذي هو أخف من الإغماء ، فمن الاغماء بطريق الأولى ، انتهى : وهو نفيس جدا ؛

السابع عشر : الجنون يقتضي الحجر ، وأما الاغماء فالظاهر أنه مثله ، كما يفهم من كلامهم .

الثامن عشر : يشترك الثلاثة فى عدم صحة مباشرة العبادة والبيع والشراء ، وجميع التصرفات من العقود والفسوخ كالطلاق والعتق ، وفى غرامة المتلفات وأروش الجنايات؛

التاسع عشر : لاينقطع خيار المجلس بالجنون والاغماء على الصحيح ؛

ولم أر من تعرض للنوم .

العشرون : لو قال إن كلمت فلانا فأنت طالق ، فكلمته وهو نائم أو مغمى عليه أو هذت بكلامه فى نومها وإغمائها ، أو كلمته وهو مجنون طلقت أو وهى مجنونة : قال ابن الصباغ : لاتطلق ، وقال القاضى حسين تطلق ؛

قال الرافعى : والظاهر تخريجه على حنث الناسى ؛

الحادى والعشرون، لو وطئ المجنون زوجة ابنه حرمت عليه ، قاله القاضى حسين:

الثانى والعشرون : ذهب القاضى والفورانى إلى أن المجنون لايتزوج الأمة ، لأنه لايخاف من وطء يوجب الحد والإثم ، ولكن الأصح خلافه ، كذا فى الأشباه والنظائر لابن الوكيل .

ثم ذكر أن الشافعى نص على أن المجنون لايزوج منه أمة ؛

فرع

قال النووى فى شرح المهذب : يسن إيقاظ النائم للصلاة ، لاسيا إن ضاق وقتها ؛

وقال السبكى فى كتابه المتقدم ذكره : إذا دخل على المكلف وقت الصلاة وتمكن من فعلها وأراد أن ينام قبل فعلها ، فان وثق من نفسه أنه يستيقظ قبل خروج الوقت بما يمكنه أن يصلى فيه ، جاز وإلا لم يجز ، وكذا لو لم يتمكن ولكن بمجرد دخول الوقت قصد أن ينام ، فان نام حيث لم يثق من نفسه بالاستيقاظ أثم إثمين ؛ أحدهما إثم ترك الصلاة ، والثانى إثم التسبب إليه ، وهو معنى قولنا : يأثم بالنوم ؛

وإن استيقظ على خلاف ظنه ؛ وصلى فى الوقت لم يحصل له إثم ترك الصلاة ،

وأما ذلك الاثم الذى حصل ، فلا يرتفع إلا بالاستغفار ؛

ولو أراد أن ينام قبل الوقت وغلب على ظنه أن نومه يستغرق الوقت ، لم يمتنع عليه ذلك لأن التكليف لم يتعلق به بعد ، ويشهد له ماورد فى الحديث « أن امرأة عابت زوجها بأنه ينام حتى تطلع الشمس ، فلا يصلى الصبح إلا ذلك الوقت فقال : إنا أهل بيت معروف لنا ذلك - أى ينامون من الليل حتى تطلع الشمس - فقال النبى صلى الله عليه وسلم : إذا استيقظت فصل » ؛

وأما إيقاظ النائم الذى لم يصل ، فالأول ـ وهو سى نام بعد الوجوب ـ يجب إيقاظه من باب النهى عن المنكر .

وأما الذى نام قبل الوقت فلا ، لأن التكليف لم يتعلق به ، لكن إذا لم يخش عليه ضرر فالأولى إيقاظه ؛ لينال الصلاة فى الوقت انتهى ملخصا ؛

القول فى السكران

« اختلف فى تكليفه على قولين »

والأصح المنصوص فى الأم : أنه مكلف .

قال الرافعى : وفى محل القولين أربع طرق أصحهما ، أنهما جاريان فى أقواله وأفعاله كلها ، ماله وما عليه .

والثانى : أنهما فى أقواله كلها ، كالطلاق والعتاق والاسلام والردة ، والبيع والشراء وغيرها ؛

وأما أفعاله : كالقتل والقطع وغيرها ، فكأفعال الصاحى بلا خلاف لقوة الأفعال ؛

الثالث : أنهما فى الطلاق والعتاق والجنايات .

وأما بيعه وشراؤه وغيرهما من المعاوضات ، فلا يصح بلا خلاف ، لأنه لا يعلم مايعقد عليه والعلم شرط فى المعاملات ؛

الرابع أنهما فيما له ، كالنكاح والاسلام ؛

أما ماعليه كالإقرار والطلاق والضمان ، فينفذ قطعا تغليظا ؛

وعلى هذا لو كان له من وجه ، وعليه من وجه ، كالبيع والاجارة نفذ تغليبا بطريق التغليظ ؛

هذا ماأورده الرافعى .

وقد اغتر به بعضهم فقال تفريعا على الأصل ؛

السكران فى كل أحكامه كالصاحى ، إلا فى نقض الوضوء ؛

قلت : وفيه نظر ، فالصواب تقييد ذلك بغير العبادات

ويستثنى منه الاسلام ؛

أما العبادات ، فليس فيها كالصاحى كما تبين ذلك ؛

فنها الأذان ، فلا يصح أذانه على الصحيح ؛ كالمجنون والمغمى عليه ، لأن كلامه لغو وليس من أهل العبادة ، وفيه وجه أنه يصح بناء على صحة تصرفاته ؛

قال فى شرح المهذب ، وليس بشىء ؛

قال ، أما من هو فى أول النشوة ، فيصح أذانه بلا خلاف ؛

ومنها ، لو شرب المسكر ليلا وبقى سكره جميع النهار ، لم يصح صومه ، وعليه القضاء ، وإن صحا فى بعضه فهو كالاغماء فى بعض النهار ؛

ومنها لو سكر المعتكف ، بطل اعتكافه وتتابعه أيضا ؛

واعلم ، أن فى بطلان الاعتكاف بالسكر والردة ، ستة طرق ، نظير مسألة العفو عما لايدركه الطرف فى الماء والثوب :

الأول ، وهو الأصح ، يبطل بهما قطعا لأنهما أفحش من الخروج من المسجد ..

والثانى ، لا ؛ قطعا ؛

والثالث ، فيهما قولان ؛

والرابع ، يبطل فى السكر دون الردة ، لأن السكران ليس من أهل المقام فى المسجد لأنه لايجوز إقراره فيه ، فصار كما لو خرج من المسجد ، والمرتد من أهل المقام فيه ، لأنه يجوز إقراره فيه ؛

والخامس ، يبطل فى الردة دون السكر ، لأنه كالنوم بخلافها ، لأنها تنافى العبادات ؛

والسادس ، يبطل فى السكر لامتداد زمانه ، وكذا الردة إن طال زمانها ، وإلا فلا ؛

قال الرافعى ، ولاخلاف أنه لايحسب زمانهما ؛

ومنها : لايصح وقوف السكران بعرفة ، سواء كان متعديا أم لا ، كالمغمى عليه ، ذكره فى شرح المهذب ؛

ومنها : فى وجوب الرد عليه إذا سلم ، وكذا المجنون ، وجهان فى الروضة بلاترجيح قال فى شرح المهذب ، والأصح أنه لايجب الرد عليهما ، ولا يسن ابتداؤهما ،

فهذه فروع ليس السكران فيها كالصاحى ؛

وبقى فرع ، لم أر من ذكره وهو :

لو بان إمامه سكران ، فهل تجب الاعادة كما لو بان مجنونا ، لأنه لايخفى حاله أولا ، كما لو بان محدثا ؟ الظاهر الأول ؛

حد السكر

« فيه عبارات »

قال الشافعى : السكران هو الذى اختلط كلامه المنظوم وانكشف سره المكتوم ؛

وقال المزنى : هو الذى لايفرق بين السماء والأرض ولا بين أمه وامرأته ،

وقيل : هو الذى يفصح بما كان يحتشم منه ؛

وقيل : الذى يتمايل فى مشيه ويهذى فى كلامه ؛

وقيل : الذى لايعلم مايقول .

وقال ابن سريج : الرجوع فيه إلى العادة ، فإذا انتهى تغيره إلى حالة يقع عليه اسم

السكران ، فهو المراد بالسكران ؛

قال الرافعي : وهو الأقرب ؛

ولم يرتض الامام شيئا من هذه العبارات ؛

وقال : الشارب له ثلاثة أحوال :

أولها هزة ونشاط ، يأخذه إذا دبت الخمر فيه ولم تستول عليه بعد ، ولا يزول العقل فى هذه الحالة بلا خلاف ، فهذا ينفذ طلاقه وتصرفاته لبقاء عقله ؛

الثانية نهاية السكر : وهو أن يصير طافحا ويسقط كالمغشى عليه ، لا يتكلم ولا يكاد يتحرك ، فلا ينفذ طلاقه ولا غيره ، لأنه لا عقل له ؛

الثالثة حالة متوسطة بينهما : وهو أن تختلط أحواله ولا تنتظم أقواله وأفعاله ويبقى تمييز وفهم وكلام ، فهذه الثلاثة سكر ، وفيها القولان ؛

وما ذكره فى الحالة الثانية تابعه عليه الغزالى ، وجعلا لفظه كلفظ النائم .

قال الرافعي فى الطلاق : ومن الأصحاب من جعله على الخلاف ، لتعديه بالتسبب إلى هذه الحالة ؛

قال : وهو أوفق لإطلاق الأكثرين ؛

قال الأسنوى : وقد خالف فى مواضع ، فجزم بأن الطافح الذى سقط تمييزه بالكلية كلامه لغو ؛

ومنها : فى ولاية النكاح — فقال : السكر إن حصل بسبب يفسق به ، فان قلنا الفاسق لا يلى ، فذاك ، وإن قلنا ، يلى أو حصل بسبب لا يفسق ، فان لم ينفذ تصرف السكران فالسكر كالاغماء ، وإن جعلنا تصرفه كتصرف الصاحى ؛ فمنهم من صحح تزويجه ومنهم من منع لاختلال نظره ؛

ثم الخلاف فيما إذا بقى له تمييز ونظر ؛

فأما الطافح الذى سقط تمييزه بالكلية فكلامه لغو ؛

ومنها : فى أواخر الطلاق قال : إن كلمت فلانا فأنت طالق فكلمته وهو سكران ، أو مجنون طلقت ؛

قال ابن الصباغ : يشترط أن السكران بحيث يسمع ويتكلم ؛

وأما كلامها فى سكرها ، فتطلق به على الأصح إلا إذا انتهت إلى السكر الطافح ؛

وذكر مثله فى الأيمان ؛

تنبيـــه

من المشكل : قول المنهاج فى عدة مواضع :

منها : « فى الطلاق » يشترط لنفوذه : التكليف إلا السكران ؛

وقال فى الدقائق وغيرها : إن قوله « إلا السكران » زيادة على المحرر ، لابد منها ؛ فانه غير مكلف ، مع أنه يقع طلاقه ؛

قال الأسنوى : وهذا كلام غير مستقيم ، فان الصواب : أنه مكلف .

وحكمه كحكم الصاحى فيما له وعليه ، غير أن الأصوليين قالوا : إنه غير مكلف ، وأبطلوا تصرفاته مطلقا ؛ فخلط النووى طريقة الفقهاء بطريقة الأصوليين ، فانه نفى عنه التكليف ومع ذلك حكم بصحة تصرفاته ، وهما طريقتان لا يمكن الجمع بينهما ؛

وقال فى الخادم : ماذكره الأسنوى مردود ، بل الأصوليون قالوا : إنه غير مكلف مع قولهم بنفوذ تصرفاته ، ضرح بذلك الامام والغزالى ، وغيرهما ؛ وأجابوا عن نفوذ تصرفاته بأنها من قبيل ربط الأحكام بالأسباب ، الذى هو خطاب الوضع ، وليس من باب التكليف ؛

وعن ابن صريج : أنه أجاب بجواب آخر ، وهو أنه لما كان سكره لا يعلم إلا من جهته ، وهو متهم فى دعوى السكر لفسقه . ألزمناه حكم أقواله ، وأفعاله ؛ وطردنا مالزمه فى حال الصحة ؛

القول فى أحكام الصبى

قال فى كفاية المتحفظ : الولد مادام فى بطن أمه فهو جنين ، فاذا ولدته سمى صبيا ، فاذا فطم سمى غلاما ، إلى سبع سنين ، ثم يصير يافعا ، إلى عشر ، ثم يصير حزورا ، إلى خمسة عشر ؛ انتهى ؛

والفقهاء يطلقون الصبى على من لم يبلغ ، وهو فى الأحكام على أربعة أقسام :

الأول : مالا يلحق فيه بالبالغ ، بلا خلاف ، وذلك فى التكاليف الشرعية : من الواجبات والمحرمات ، والحدود ؛ والتصرفات : من العقود ، والفسوخ ، والولايات ؛

ومنها : تحمل العقل ؛

الثانى : مايلحق فيه بالبالغ ، بلا خلاف عندنا

وفى ذلك فروع :

منها : وجوب الزكاة فى ماله ، والانفاق على قريبه منه ، وبطلان عبادته بتعمد المبطل لا خلاف فى ذلك : فى الطهارة ، والصلاة ، والصوم ، وصحة العبادات منه ، وترتب الثواب عليها ، وإمامته فى غير الجمعة ، ووجوب تبييت النية فى صوم رمضان ؛

قال فى الروضة ، فى باب الغصب : الرجل ، والمرأة ، والعبد ، والفاسق ، والصبى المميز يشتركون فى جواز الإقدام على إزالة المنكرات ، ويثاب الصبى عليه ، كما يثاب البالغ ، وليس لأحد منعه من كسر الملاهى ، وإراقة الخمر ، وغيرهما من المنكرات ، كما ليس له منع البالغ ، فإن الصبى ـ وإن لم يكن مكلفا فهو من أهل القرب ، وليس هذا من الولايات .

وقال السبكى : خطاب الندب ثابت فى حق الصبى ، فإنه مأمور بالصلاة ، من جهة الشارع أمر ندب ، مثاب عليها ، وكذلك يوجد فى حقه خطاب الإباحة ، والكراهة ، حيث يوجد خطاب الندب ، وهو ما إذا كان مميزا . انتهى .

الثالث : ما فيه خلاف ، والأصح أنه كالبالغ

وفيه فروع :

الأول : إذا أحدث الصبى ، أو أجنب ، وتطهر ، فطهارته كاملة ، فلو بلغ صلى بها ، ولم يجب إعادتها :

وفى وجه ، حكاه المتولى عن المزنى : أنها ناقصة ، فتلزمه الإعادة إذا بلغ .

ولو تيمم ، ثم بلغ ، لم يبطل تيممه فى الأصح ، ويصلى به الفرض فى الأصح .

وفى وجه : يبطل ، وفى آخر : يصلى به النفل ، دون الفرض .

الثانى : فى صحة أذانه : وجهان : الصحيح ـ وبه قطع الجمهور ـ : صحته ، لكن يكره .

الثالث : القيام فى صلاة الفرض : هل يجب فى صلاة الصبى ، أو يجوز له القعود ؟ وجهان فى الكفاية ، بلا ترجيح .

قال الأذرعى : والأصح عند صاحب البحر : المنع .

قال الأسنوى : ويجريان فى الصلاة المعادة .

قال : وكلام الأكثرين مشعر بالمنع .

قلت : ولا ينبغى أن يجريا فيما إذا خطب الصبى للجمعة بل يقطع بمنع القعود .

الرابع فى صحة إمامته فى الجمعة قولان أصحهما الصحة بشرط أن يتم العدد بغيره .

الخامس فى سقوط فرض صلاة الجنازة به وجهان أصحهما السقوط لأنه تصح إمامته فأشبه البالغ .

وفى نظيره : من رد السلام وجهان أصحهما عدم السقوط .

والفرق : أن المقصود هناك الدعاء وهو حاصل ، وهنا الأمان .

وفى سقوط فرض صلاة الجماعة بالصبيان : احتمالان للمحب الطبرى .

السادس : فى جواز توكيله فى دفع الزكاة وجهان : الأصح الجواز .

السابع : يجوز اعتماد قوله فى الإذن ودخول دار وإيصال هدية فى الأصح .
ومحل الوجهين : ماإذا لم تكن قرينة وإلا فيعتمد قطعا .
الثامن : يحصل بوطئه التحليل على المشهور ، إذا كان ممن يتأتى منه الجماع .
أما الصغيرة المطلقة ثلاثا إذا وطئت ففيها طريقان ، أصحهما الحل قطعا .
والثانى : فى التى لاتشتهى ، الوجهان فى الصبى .
التاسع : التقاطه صحيح على المذهب ، كاحتطابه واصطياده .
العاشر : فى وجوب الرد عليه إذا سلم ، وجهان أصحهما الوجوب .
الحادى عشر : فى حل ماذبحه ، قولان أصحهما الحل ، فان كان مميزا حل قطعا .
الثانى عشر : فى صحة إسلام الصبى المميز استقلالا ، وجهان المرجح منهما البطلان
والمختار عند البلقينى : الصحة وهو الذى أعتقده .

ثم رأيت السبكى مال إليه فقال فى كتابه «إبراز الحكم» استدل من قال ببطلانه بالحديث بمثل مااحتج به لبطلان بيعه .

ووجه الدلالة فى البيع : أنه لو صح لاستلزام المؤاخذة بالتسليم ، والمطالبة بالعهدة ، والحديث دل على عدم المؤاخذة .

ولو صح أيضا لكلف أحكام البيع وهو لايكلف شيئا ، وكذا فى الإسلام : لو صح لكلف أحكامه واللازم منتف بالحديث .

قال : وهذا استدلال ضعيف لأنه يكفى فى ترتيب أحكامه ظهور أثرها بعد البلوغ .

والقائل بصحة إسلامه يقول : أنه إذا بلغ ووصف الكفر صار مرتدا وهذا لاينفيه الحديث ، إنما ينفى المؤاخذة حين الصبى والإسلام كالعبادات ، فكما يصح منه الصوم والصلاة والحج وغيرها : يصح منه الإسلام انتهى .

قلت : ومما يدل لصحته من الحديث : مارواه أبو داود فى سننه عن مسلم التميمى ، قال «بعثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فى سرية ، فلما هجمنا على القوم تقدمت أصحابى على فرس ، فاستقبلنا النساء والصبيان يضجون ، فقلت لهم : تريدون أن تحرزوا أنفسكم؟ قالوا نعم : قلت قولوا : نشهد أن لاإله إلا الله وأن محمدا عبده ورسوله ، فقالوها فجاء أصحابى فلامونى وقالوا : أشرفنا على الغنيمة فمنعتنا ، ثم انصرفنا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : أتدرون ما صنع ؟ لقد كتب الله له بكل إنسان كذاوكذا ، ثم أدنانى منه»
الثالث عشر : فى كونه كالبالغ فى تحريم النظر ، حتى يجب على المرأة الاحتجاب منه وجهان . أصحهمانعم .
الرابع عشر : فى استحقاق سلب القتيل الذى يقتله ، وجهان أصحهما نعم .
الخامس عشر : فى جواز القصر والجمع له : رأيان .

قال صاحب البيان : لايجوز لأنهما إنما يكونان فى الفرائض ، والأصح الجواز ؛

قال العبادى : فلو جمع تقديما ثم بلغ ، لم تلزمه الإعادة .

السادس عشر : فى كون عمده فى الجنايات عمدا ، قولان الأظهر نعم ؛

ويلبنى على ذلك فروع :

منها : وجوب القصاص على شريكه بجرح أو إكراه ؛

ومنها : تغليظ الدية عليه ؛

ومنها : فساد الحج بجماعه ، ووجوب الكفارة والقضاء ؛

ومنها : وجوب الفدية إذا ارتكب باقى المحظورات ؛

ومنها : إذا وطىء أجنبية ، فهو زنا إلا أنه لاحد فيه لعدم التكليف ، وعلى القول الآخر : هو كالواطىء بشبهة ، فيترتب عليه تحريم المصاهرة ؛

الرابع : مافيه خلاف ، والأصح أنه ليس كالبالغ .

وفيه فروع :

الأول : سقوط السلام برده ، كما مر ؛

الثانى : وجوب نية الفرضية فى الصلاة : الأصح : لايشترط فى حقه ، كما صوبه فى شرح المهذب ؛

الثالث : قبول روايته ، فيه وجهان ، والأصح : المنع ؛

الرابع ، والخامس : فى وصيته ، وتدبيره ، قولان : والأظهر : بطلانهما ؛

السادس : فى منعه من مس المصحف ، وهو محدث : وجهان ، والأصح : لا ؛

قال الأسنوى : ولم أر تصريحا بتمكينه فى حال الجنابة : والقياس : المنع ، لأنها نادرة وحكمها أغلظ ؛

قلت : صرح النووى بالمسألة فى فتاويه ، وسوى فيه بين الجنابة ، والحدث ؛

قال فى الخادم : وفيه نظر ، لأنها لاتتكرر ، فلا يشق ؛

قال : وعلى قياسه : يجوز المكث فى المسجد ، وهو بعيد ، إذ لاضرورة .

السابع : فى منعه من لبس الحرير : وجهان : أصحهما لايمنع ؛

الثامن : إذا بطل أمان رجال ، لايبطل أمان الصبيان ، فى الأصح ؛

التاسع : هل يجوز أن يلتقط المميز ؟ وجهان : الصحيح : نعم ، كغيره ؛

العاشر : إذا انفرد الصبيان بغزوة وغنموا ، خمست : وفى الباقى أوجه : أصحها تقسم بينهم كما يقسم الرضخ ، على مايقتضيه الرأى ، من تسوية ، وتفضيل ؛

الثانى : يقسم ، كالغنيمة . للفارس : ثلاثة أسهم ، وللراجل : سهم ؛

والثالث : يرضخ لهم منه ؛ ويجعل الباقى لبيت المال ؛

الحادى عشر : فى صحة الأمان منه : وجهان : أصحهما : لايصح ؛

ضابط

حاصل المواضع التى يقبل فيها خبر المميز : الإذن فى دخول الدار ، وإيصال الهدية ، وإخباره بطلب صاحب الدعوة ، واختياره أحد أبويه فى الحضانة ، ودعواه : استعجال الإنبات بالدواء ، وشراؤه المحقرات ، نقل ابن الجوزى الإجماع عليه .

مايحصل به البلوغ

« هو أشياء »

الأول : الإنزال ، وسواء فيه الذكر والأنثى ؛

وفى وجه : لايكون بلوغا فى النساء ، لأنه نادر فيهن ؛

ووقت إمكانه : استكمال تسع سنين ، وفى وجه : مضى نصف العاشرة ؛ وفى آخر استكمالها ؛

قال الأسنوى : وهذان الوجهان فى الصبى ؛

أما الصبية : فقيل : أول التاسعة ؛ وقيل : نصفها ، صرح به فى التتمة .

وتعليل الرافعى يرشد إليه ؛

ونظيره : الحيض ، والأصح فيه : الأول ، وفيه وجه : مضى نصف التاسعة ؛ وفى آخر : الشروع فيها ، واللبن . وجزم فيه بالأول ؛

الثانى : السن ، وهو استكمال خمسة عشر سنة ؛

وفى وجه : بالطعن فى الخامسة عشرة ؛

وفى آخر : حكاه السبكى : مضى ستة أشهر منها ؛

قال السبكى : والحكمة فى تعليق التكليف بخمس عشرة سنة : أن عندها بلوغ النكاح وهيجان الشهوة ، والتوقان ، وتتسع معها الشهوات فى الأكل ، والتبسط ، ودواعى ذلك ويدعوه إلى ارتكاب مالا ينبغى ، ولا يحجره عن ذلك ويرد النفس عن جماحها ، إلا رابطة التقوى ، وتسديد المواثيق عليه والوعيد ، وكان مع ذلك قد كمل عقله ، واشتد أسره ، وقوته ، فاقتضت الحكمة الإلهية توجه التكليف إليه ، لقوة الدواعى الشهوانية ، والصوارف العقلية ، واحتمال القوة للعقوبات على المخالفة ؛

وقد جعل الحكماء للانسان أطوارا ، كل طور سبع سنين ، وأنه إذا تكمل الأسبوع الثانى ، تقوى مادة الدماغ ، لاتساع المجارى ، وقوة الهضم ؛ فيعتدل الدماغ ، وتقوى الفكرة ، والذكر ، وتتفرق الأرنبة ، وتتسع الحنجرة ؛ فيغلظ الصوت ، لنقصان الرطوبة وقوة الحرارة ؛ وينبت الشعر لتوليد الأبخرة ، ويحصل الإنزال ، بسبب الحرارة ؛

وتمام الأسبوع الثانى : هو فى أواخر الخامسة عشر (لأن الحكماء يحسبون بالشمسية ،

«والمشرعون يعتبرون الهلالية وتمام الخامسة عشر) متأخر عن ذلك شهرا ؛ فإما أن تكون الشريعة حكمت بتمامها ، لكونه أمرا مضبوطا ، أو لأن هناك دقائق اطلع الشرع عليها ، ولم يصل الحكماء إليها اقتضت تمام السنة :

قال : وقد اشتملت الروايات الثلاث فى حديث « رفع القلم » وهو قوله «حتى يكبر» ، « حتى يعقل » و « حتى يحتلم » : على المعانى الثلاثة التى ذكرنا أنها تحصل عند خمس عشرة سنة :

فالكبر : إشارة إلى قوته وشدته ، واحتماله التكاليف الشاقة ، والعقوبات على تركها ؛

والعقل : المراد به فكرة ، فانه وإن ميز قبل ذلك ، لم يكن فكره تاما ، وتمامه عند هذا السن ، وبذلك يتأهل للمخاطبة ، وفهم كلام الشارع ، والوقوف مع الأوامر ، والنواهى ؛

والإحتلام : إشارة إلى انفتاح باب الشهوة العظيمة ، التى توقع فى الموبقات ، وتجذبه إلى الهوى فى الدركات ؛

وجاء التكليف كالحكمة فى رأس البهيمة يمنعها من السقوط ، انتهى كلام السبكى .

ثم قال : وأنا أقول : إن البلوغ فى الحقيقة المقتضى للتكليف : هو بلوغ وقت النكاح للآية ، والمراد ببلوغ وقته بالاشتداد ، والقوة ، والتوقان ، وأشباه ذلك .

فهذا فى الحقيقة : هو البلوغ المشار إليه فى الآية الكريمة ،

وضبطه الشارع بأنواع ؛

أظهرها : الإنزال ؛

وإذا أنزل تحققنا حصول تلك الحالة : إما قبيل الإنزال ، وإما مقارنه ؛

الثالث : إنبات العانة ، وهو يقتضى الحكم بالبلوغ فى الكفار. وفى وجه : والمسلمين أيضا :

ومبنى الخلاف : على أنه بلوغ حقيقة ، أو دليل عليه ؟ وفيه قولان ؛ أظهرهما : الثانى :

فلو قامت بينة على أنه لم يكمل خمس عشرة سنة ، لم يحكم ببلوغه ؛

الرابع : نبات الإبط ، واللحية ، والشارب ، فيه طريقان ؛

أحدهما : أنه لا أثر لها قطعا ؛

والثانى : أنها كالعانة ، وألحق صاحب التهذيب الإبط بها ، دون اللحية ، والشارب ؛

الخامس : انفراق الأرنبة ، وغلظ الصوت ، ونهود الثدى ، ولا أثر لها على المذهب ، وتختص المرأة بالحيض ، والحبل .

فـــرع

إذا بلغ فى أثناء العبادة ، فان كانت صلاة ، أو صوما : وجب إتمامها ، وأجزأت على الصحيح .

والثانى : يستحب الإتمام ، وتجب الإعادة ، لأنه شرع فيها ناقصا :

أو حجا ، أو عمرة : فان كان قبل الوقوف فى الحج ، والطواف فى العمرة : أجزأته عن فرض الاسلام ، وإلا فلا : وفى الحال الأول : تجب إعادة السعى ؛ إن كان قدمه :

فلو بلغ بعد فعلها ، أجزأته الصلاة ، دون الحج ، والعمرة :

والفرق : أنه مأمور بالصلاة ، مضروب عليها : بخلاف الحج ، وأن الحج لما كان وجوبه مرة واحدة فى العمر : اشترط وقوعه فى حال الكمال ، بخلاف الصلاة :

وعتق العبد ، وإفاقة المجنون ، كبلوغ الصبى :

فائدة

ذكر السبكى فى الحديث السابق سؤالين :

أحدهما : أن قوله « حتى يبلغ » و « حتى يستيقظ » و « حتى يفيق » غايات مستقبلة ، والفعل المغيى بها ، هو رفع ماض ، والماضى لايجوز أن تكون غايته مستقبلة ، لأن مقتضى كون الفعل ماضيا : كون أجزاء المغيى جميعها ماضية ، والغاية طرف المغيى : ويستحيل أن يكون المستقبل طرفا للماضى ، لأن الآن فاصل بينهما .

والغاية : إما داخلة فى المغيى فتكون ماضية أيضا ، وإما خارجة مجاورة ، فيصح أن يكون الآن : غاية للماضى : وإما أن تكون منفصلة ، حتى يكون المستقبل المنفصل عن الماضى غاية له : فيستحيل :

الثانى : أن الرفع قد يقال : إنه يقتضى سبق وضع : ولم يكن القلم موضوعا على الصبى :

وأجاب عن الأول : بالتزام حذف ، أو مجاز ، حتى يصح الكلام ، فيقدر : رفع القلم : فلا يزال مرتفعا ، حتى يبلغ ، أو فهو مرتفع :

وعن الثانى : بأن الرفع لايستدعى تقديم وضع ، وبأن البيهقى قال : إن الأحكام ، إنما نيطت بخمس عشرة سنة ، من عام الخندق ، وقبل ذلك كانت تتعلق بالتميز :

فان ثبت هذا احتمل أن يكون المراد بهذا الحديث انقطاع ذلك الحكم ، وبيان أنه ارتفع التكليف عن الصبى ، وإن ميز حتى يبلغ ، فيصح فيه : أنه رفع بعد الوضع ، وهو الصحيح فى النائم ، بلا إشكال ، باعتبار وضعه عليه قبل نومه : وفى المجنون قبل جنونه ، إذا سبق له حال تكليف :

القول فى أحكام العبد

قال أبو حامد فى الرونق : يفارق العبد الحر فى خمسين مسئلة :

لا جهاد عليه ، ولا تجب عليه الجمعة ، ولا تنعقد به ، ولا حج عليه ، ولا عمرة إلا بالنذر ، وعورة الأمة كعورة الرجل ، ويجوز النظر إلى وجهها لغير محرم ، ولا يكون شاهدا ، ولا ترجمانا ولا قائفا ، ولا قاسما ، ولا خارصا ، ولا مقوما ، ولا كاتبا للحاكم ولا أمينا للحاكم ، ولا قاضيا ، ولا يقلد أمرا عاما ، ولا يملك ، ولا يطأ بالتسرى ، ولا تجب عليه الزكاة إلا زكاة الفطر ، ولا يعطى فى الحج فى الكفارات مالا ، ولا يأخذ من الزكاة والكفارة شيئا إلا سهم المكاتبين ، ولا يصوم غير الفرض إلا باذن سيده ، ولا يلزم سيده إقراره بالمال ، ولا يكون وليا فى النكاح ، ولا فى قصاص ، ولا حد ، ولا يرث ، ولا يورث ، وحده النصف من حد الحر ، ولا يرجم فى الزنا : وتجب فى إتلافه قيمته ، وما نقص منه بقيمته ، ولا يتحمل الدية ، ولا يتحمل عنه ، ولا تتحمل العاقلة قيمته ، ولا يتزوج بامرأتين ، سواء كانتا حرتين أم أمتين ، وطلاقه اثلتان : وعدة الأمة قرءان ولا لعان بينها وبين سيدها ، فى أحد القولين ، ولا ينفى فى الزنا ، فى أحد القولين ، ولا يقتل به الحر ، ولا من فيه بعض الحرية ، ولا يؤدى به فروض الكفارة ولا يتزوج بنفسه ويكره على التزويج ، وقسم الأمة على النصف من قسم الحرة ، ولا يحد قاذفه ، ولا يسهم له من الغنيمة ، ويأخذ اللقطة على حكم سيده ، ولا يكون وصيا ، ولا تصح كفالته إلا باذن سيده ، ويجعل صداقا ويجعل نذرا ، ويكون رهنا : انتهى :

قلت : لقد جمع أبو حامد فأحسن ، وبقى عليه أشياء ، أذكرها بعد أن أتكلم على ماذكره :

فقوله : ولا حج ، ولا عمرة إلا بالنذر ، فيه أمران :

أحدها : أنه يلزمه الحج والعمرة بغير طريق النذر ، وهو الافساد ، إذ أحرم ، ثم جامع فانه يلزمه القضاء على المذهب ، وبه قطع جماهير الأصحاب ، لأنه مكلف ، وهل يجزيه فى حال رقه ؟ قولان : أصحهما : نعم :

والأمر الثانى : إذا لزمه ذلك بالنذر ، فهل يصح منه فى حال رقه ؟ قال الرويانى : فيه وجهان : كما فى قضاء الحجة التى أفسدها : كذا فى شرح المهذب عنه :

وصرح فى زوائد الروضة بتصحيح الإجزاء :

وقوله : وعورة الأمة كعورة الرجل ، هو الأصح : وفى وجه : أنها كالحرة ، إلا الرأس ، وفى آخر : إلا الرأس والساق : وفى ثالث : إلا مايبدو فى حال الخدمة ، وهما المذكوران ، والرقبة ، والساعد :

وقوله : ويجوز النظر إلى وجهها ، هو وجه صححه الرافعى ، وصحح النووى ، أنها فى ذلك كالحرة ؛

وقوله : ولا يكون شاهدا ؛ استثنى منه صورتان على رأى ضعيف ؛

الأولى : هلال رمضان إذا اكتفينا فيه بواحد ؛ فى جواز كونه عبدا ؛ وجهان ؛ أصحهما : المنع ؛

والثانية : إسماع القاضى الأصم إذا لم يشترط فيه العدد فى جواز كون المسمع عبدا : وجهان ، كالهلال : أصحهما المنع ؛

وقوله : ولا قائفا ، هو الأصح وفيه وجه ؛

وقوله : ولا كاتبا لحاكم ، هو الصحيح ؛ وقال القفال فى شرح التلخيص : يجوز كونه كاتبا لأن الكتابة لا يتعلق بها حكم ، لأن القاضى لا يمضى ما كتبه حتى يقف عليه والمعتمد إنما هو شهادة الشهود الذين يشهدون بما تضمنه المكتوب ؛

وقوله : ولا يملك ، هو الأظهر وفى قول قديم : أنه يملك بتمليك السيد ملكا ضعيفا للسيد الرجوع فيه متى شاء وفى احتياجه إلى القبول وجهان ، بناء على إجباره فى النكاح ؛

قال الرافعى : ولا يجرى الخلاف فى تمليك الأجنبى ؛

وفى المطلب : أن جماعة أجروه فيه ، منهم القاضى حسين والماوردى ؛

وقوله : ولا تجب عليه الزكاة إلا زكاة الفطر إن أراد الوجوب بسببه ، فيجب فيه زكاة التجارة أيضا ، وإن أراد أن الوجوب يلاقيه وهو مبنى على الخلاف فى زكاة الفطر هل الوجوب يلاقى المؤدى عنه ثم يتحملها المؤدى ، أولا ؟ فيه قولان : أصحهما الأول؛

قال : وتظهر فائدتهما فيما إذا لم يخرج السيد عنه ثم عتق ، هل يخرج مامضى ؟ ؛

قوله : ولا يورث ، قد يستثنى منه مسألة وهو مالو وجب له تعزير بقذف ومات ، فان الأصح أن حقه ينتقل إلى سيده لأنها عقوبة وجبت بالقذف ، فلم تسقط بالموت كالحد؛

قال الأصحاب : وليس ذلك على سبيل الإرث ولكنه أخص الناس به ؛

فما ثبت له فى حياته يكون لسيده بعد موته بحق المال؛

وفى وجه : يستوفيه أقاربه ، لأن العار يعود عليهم ؛

وفى ثالث : يستوفيه السلطان ، كحر لا وارث له ؛

وفى رابع : يسقط ، فعلى هذا يفارق الحر ؛

قوله : ولا تتحمل العاقلة قيمته هو قول ، والأظهر خلافه وعلى الأول لا يجرى فيه القسامة وتجرى على الثانى ؛

وعجبت لأبى حامد ! كيف جزم بذلك القول ، ولم يذكر مسئلة القسامة ؟ ! ؛

قوله : وطلاقه ، اثنتان .

قوله : وعدة الأمة قرءان ، بقي عليه ذات الأشهر ولها شهر ونصف فى الأظهر .
والثاني : شهران : والثالث : ثلاثة كالحرة : والمتوفى عنها ولها شهران وخمسة أيام :

قوله : ولا لعان بينها وبين سيدها فى أحد القولين وهو الأظهر :

قوله : ولا ينفى فى الزنا فى أحد القولين ، والأظهر أنه ينفى نصف سنة ، وفى قول : سنة ، كالحر :

قوله : ويكره على التزويج هو فى الأمة كذلك ، وفى العبد قول ، والأظهر أنه لا يجبر سواء كان كبيرا أو صغيرا :

قال ابن الرفعة : القياس أن إحرام السيد عن عبده كتزويجه :

قوله : ولا يسهم له من الغنيمة ، هذا إن كان فى المقاتلة حر ، فان كانوا كلهم عبيدا فأوجه ، أصحها يقسم بينهم أربعة أخماس ماغنموه كما يقسم الرضخ على مايقتضيه الرأى من تسوية وتفضيل :

والثانى : يقسم كالغنيمة ، والثالث يرضخ لهم منه ويجعل الباقى لبيت المال :

قوله : ويأخذ اللقطة ، الأظهر أنه لايصح التقاطه ولا يعتد بتعريفه :

قوله : ولا تصح كفالته إلا بإذن سيده ، كذلك ضمانه :

هذا مايتعلق بما ذكره :

وبقى عليه أنه لايؤذن لجماعة ولا يحضرها إلا بإذن سيده ، ذكر الأول فى شرح المهذب والثانى : القاضى حسين ، والحر أولى منه فى الأذان كما فى شرح المهذب .

والإمامة والجنازة ونذره للحج صحيح بلا إذن كما فى الروضة وأصلها ، وللصلاة والصوم :

قال فى الجواهر : ينبغى صحتها :

وللقرب المالية فى الذمة . قال فى الكفاية : كضمانه فيتوقف على الإذن :

ولا يصح منه بيع ولا غيره من العقود إلا بإذن السيد ولا يكون وكيلا فى إيجاب النكاح ولا عاملا فى الزكاة ، إلا إذا عين له الإمام قوما يأخذ منهم قدرا معينا وهل يعطى حينئذ من سهم العاملين ؟ :

وفى استحقاقه : سلب القتيل الذى يقتله ، وجهان : أصحهما نعم :

وفى قبول الوصية والهبة وتملك المباحات بلا إذن ، وجهان :

ولا جزية عليه ولا فطرة عن امرأته ، بل تجب على سيدها إن كانت أمة ونفقته نفقة المعسرين ولا تنكح الأمة إلا بشروط ولا على الحرة ولا تخدم وإن كانت جميلة فى الأصح لنقص الرق :

فاذا نكحها العبد على الحرة ، ففى استحقاقها السبع والثلاث وجهان : أصحهما نعم

كالحرة ، لأنه شرع لارتفاع الحشمة وحصول المباسطة ، وهويتعلق بالطبع فلا يختلف بالرق والحرية ؛

وفى وجه : تستحق الشطر كالقسم ، ففى وجه يكمل المنكسر كالأقراء والطلاق والأشبه لا ، لأن التنصيف فيه ممكن ؛

ولا تصير الأمة فراشا بمجرد الملك حتى توطأ وتصير الحرة فراشا بمجرد العقد ؛

وإذا زوجها السيد استخدمها نهارا وسلمها للزوج ليلا ، ولا نفقة على الزوج حينئذ فى الأصح ويسافر بها السيد بدون إذنه ؛

ويضمن العبد باليد ويقطع سارقه ويضمن منافعه بالفوات بخلاف الحر فى الثلاث ؛

ويصح وقفه ، ولا يصح وقف الحر نفسه ، ولا تصح وصيته وقيل إن عتق ثم مات صحت ؛

ولا يصح الوقف عليه لنفسه ولا الإيصاء له ؛

ولا توطأ الأمة بمجرد الملك حتى تستبرأ وتوطأ الحرة بمجرد العقد ويحصل استبراؤها بوضع حمل زنا ولا يتصور انقضاء عدة الحرة بحمل زنا ؛

وتجب نفقة العبد والأمة وفطرتهما ، وإن عصيا وأبقا بخلاف الزوجة لأنها فى الرقيق للملك ، وهو باق مع الإباق والعصيان . وفى الزوجة للاستمتاع وهو منتف مع النشوز ، ونفقة الزوجة مقدرة ولا تسقط بمضى الزمان ونفقة الرقيق للكفاية وتسقط بمضيه ؛

ويفضل بعض الإماء على بعض فى النفقة والكسوة بخلاف الزوجات ولاحصر لعدد التسرى ولا يجب لهن قسم ، ويجوز جمعهن فى مسكن بغير رضاهن ولا يجرى فيهن ظهار ولا إيلاء ولاتطالب سيدها العنين بوطء ولا تمنع منه إن كان به عيب ؛

ولا تجب نفقة الرقيق على قريبه ولا حضانة له ولا يحضنه أقاربه ، بل سيده ولا عقيقة له كما ذكره البلقينى تخريجا ولو كان أبوه غنيا لأنه لانفقة له عليه وإنما يخاطب بالعقيقة من عليه النفقة ولايسن للسيد أن يعق عن رقيقه وفى ذلك قلت ملغزا :

أيها السالك فى الفقـ ـه على خير طريقه
هل لنا نجل غنى ليس فيه من عقيقه !

ولا يسقط ضمان قتله أو قطعه بإذنه فى ذلك : وفى سقوط القصاص باذنه لمثله وجهان فى الروضة بلا ترجيح . قال البلقينى أصحهما السقوط ؛

وفى الباب : الجناية على العبد مثلها على الحر إلا فى سبعة أشياء :

لايقتل به الحر ولا من فيه حرية : وتجب فيه القيمة بالغة مابلغت ويعتبر نقصان أطرافه من ضمان نفسه ولايختلف الذكر والأنثى وتجب فى جنايته نقد البلد ولا تجرى فيه القسامة .

قلت : الأصح تجرى فيه كما مر ؛

تنبيه

الجناية على العبد تارة تكون من غير إثبات يد وتارة بإثبات اليد فقط وتارة بهما ؛
فالأول تجب فيه القيمة فى نفسه وفى أطرافه من القيمة مافى أطراف الحر من الدية وفى غير المقدرة مانقص منها ؛
والثانى فيه أرش النقص فقط ؛
والثالث فيه أكثر الأمرين منهما ؛

حكم إقراره

« يقبل فيما أوجب حدا أو قصاصا لانتفاء التهمة »

فلو أقر بالقصاص فعفا على مال فالأصح تعلقه برقبته وإن كذبه السيد لأنه إنما أقر بالعقوبة واحتمال المواطأة فيها بعيد وإن أقر بسرقة قطع ولا يقبل فى المال إذا كان تالفا فى الأظهر بل يتعلق بذمته كما لو أقر به ابتداء وإن كان باقيا وهو فى يد السيد لم ينزع منه إلا ببينة أو فى يد العبد فقيل يقبل قطعا وقيل لاقطعا وقيل قولان والأظهر لايقبل مطلقا وإن أقر بدين جناية أو غصب أو سرقة لايوجب القطع أو إتلاف وصدقه السيد تعلق برقبته وإلا فبذمته أو معاملة ولم يكن مأذونا له لم تتعلق برقبته بل بذمتـه أو مأذونا قبل وأدى من كسبه ؛

الأموال المتعلقة بالعبد

« هى أقسام »

الأول مايتعلق برقبته فيباع فيه ، وذلك أرش الجناية وبدل المتلفات سـواء كان بإذن السيد أم لا لوجوبه بغير رضى المستحق ؛

ويستثنى :

ما إذا كان العبد صغيرا لايميز أو مجنونا أو أعجميا يرى وجوب طاعة الأمر فى كل شىء فلا يتعلق برقبته ضمان على الأصح لأنه كالآلة ، فأشبه البهيمة والثانى : نعم لأنه بدل متلف ؛

الثانى مايتعلق بذمته فيتبع به إذا عتق وهو ماوجب برضى المستحق دون السيد كبدل المبيع والقرض إذا أتلفهما وكذا لو نكح وزاد على ماقدره له السيد فالزائد فى ذمته أو امتثل وليس مكتسبا ولا مأذونا له ؛

وفى قول هو فى هذه الحالة على السيد وفى آخر فى رقبته .

ولو نكح بغير إذن سيده ووطىء فهل يتعلق مهر المثل بذمته لكونه وجب برضى مستحقه أو برقبته لأنه إتلاف قولان أظهرهما الأول ؛

فان كان بغير رضاه كأن نكح أمة بغير إذن سيدها ووطئها فطريقان أحدهما طرد القولين والثاني القطع بتعلقه بالرقبة وبه قال ابن الحداد كما لو أكره أمة أو حرة على الزنا :

ولو أذن سيده فى النكاح فنكح فاسدا ووطىء فهل يتعلق بذمته أو رقبته أو سنه ؟ أقوال أظهرها الأول :

ولو أفطرت فى رمضان لحمل أو رضاع خوفا على الولد فالفدية فى ذمتها قاله القفال :

الثالث : مايتعلق بكسبه وهو ماثبت برضاهما وذلك المهر والنفقة إذا أذن له السيد فى النكاح وهو كسوب أو مأذون له فى التجارة وكذا إذا نكح صحيحا وفسد المهر أو أذن له فى نكاح فاسد ووجب مهر المثل كما ذكره الرافعى قياسا أو ضمن بإذن السيد أو لزمه دين تجارة :

وحيث قلنا يتعلق بالكسب فسواء المعتاد والنادر على الصحيح ويختص بالحادث بعد الإذن دون ماقبله :

وحيث كان مأذونا تعلق بالربح الحاصل بعد الإذن وقبله وبرأس المال فى الأصح .

وحيث لم يوف فى الصور تعلق الفاضل بذمته ولا يتعلق بكسبه بعد الحجر فى الأصح .

وفى وجه أن المال فى الضمان متعلق بذمته وفى آخر برقبته .

الرابع مايتعلق بالسيد وذلك جناية المستولدة والعبد الأعجمى وغير المميز كما مر والمهر والنفقة إذا أذن فى النكاح على القديم .

تنبيـــه

.من المشكل قول المنهاج فان باع مأذون له وقبض الثمن فتلف فى يده فخرجت السلعة مستحقة رجع المشترى ببدلها على العبد وله مطالبة السيد أيضا ، وقيل لا ، وقيل إن كان فى يد العبد وفاء ، فلا :

ولو اشترى سلعة ، ففى مطالبة السيد بثمنها هذا الخلاف :

ثم قال : ولايتعلق دين التجارة برقبته ولا ذمة سيده ، بل يؤدى من مال التجارة : وكذا من كسبه :

فما ذكره : من أن دين التجارة لايتعلق بذمة السيد ، مخالف لقوله قبل : إن السيد يطالب ببدل الثمن التالف فى يد العبد وبثمن السلعة التى اشتراها أيضا :

وقد وقع الموضعان كذلك فى المحرر والروضة وأصلها :

قال فى المطلب : ولا يجمع بينهما بحمل الأول على مجرد المطالبة والثانى على بيان محل الدفع ، فان الوجه الثالث المفصل يأبى ذلك :

قال السبكى والأسنوى : وسبب وقوع هذا التناقض أن المذكور أولا هو طريقة

الإمام ، وأشار فى المطلب إلى تضعيفها ، وثانيا هو طريقة الأكثرين فجمع الرافعى بينهما فلزم منه مالزم.

وحمل البلقينى قولهم : إن دين التجارة لايتعلق بذمة السيد على أن المراد بسائر أمواله ؛

القول فى أحكام المبعض

« هى أقسام » .

الأول : ماألحق فيه بالأحرار بلا خلاف

وفى ذلك فروع

منها : صحة البيع والشراء ، والسلم ، والإجارة ، والرهن ، والهبة ، والوقف ، وكل تبرع إلا العتق ، والإقرار ، بأن لا يضر المالك ؛

ويقبل فيما يضره فى حقه ، دون سيده ويقضى مما فى يده ؛

ومنها : ثبوت خيار المجلس ، والشرط والشفعة ؛

ومنها : صحة خلعها ، وفسخ النكاح بالإعسار ، وأن السيد لايطؤها ولا يجبرها على النكاح ، ولا يقيم عليها الحد ؛

الثانى : ما ألحق فيه بالأرقاء ، بلا خلاف .

وفيه فروع

منها : أنه لاتنعقد به الجمعة ، ولاتجب عليه فى غير نوبته ، ولا يجب عليه الحج ، ولايسقط حجه حجة الاسلام .

ولا ضمان إن لم يكن مهايأة ، أو ضمن فى نوبة السيد ؛

ولا يقطع بسرقة مال سيده : ويقطع سارقه ؛

ولاينكح بلاإذن ، وينكح الأمة ولوكان موسرا ، نقل الامام الاتفاق عليه كما ذكره فى المهمات ولاينكح الحر مبعضة ولا من يملك بعضها ، أو تملك بعضه ؛

ولايثبت لها الخيار تحت عبد ويثبت بعتق كلها تحت مبعض ؛

ولايقتل به الحر ولو كافرا ؛

ولايكون واليا ، ولاوليا ، ولاشاهدا ، ولاخارصا ، ولاقاسما ، ولامترجما ، ولاوصيا ، ولا قائفا : ولايحمل العقل : ولايكون محصنا فى الزنا ، ولافى القذف . ولا يجزئ فى الكفارة ، ولايرث ، ولا يحكم لبعضه ولايشهدله ، ولايجب عليه الجهاد : وطلاقه طلقتان ، وعدتها قرءان ؛

الثالث : ما فيه خلاف ، والأصح أنه كالأحرار

وفيه فروع

منها : وجوب الزكاة فيما ملكه ، ويورث ، ويكفر بالطعام والكسوة ، ويصح التقاطه ، ويدخل في ملكه إن كان في نوبته ، وكذا زكاة الفطر ؛

ولو اشترى زوجته بالمال المشترك باذن سيده ملك جزءها ، وانفسخ النكاح ، وكذا بغير إذنه في الأظهر ، أو بخالص ماله فكذلك ، أو مال السيد فلا .

ولو أوصى لنصفه الحر خاصة أو الرقيق خاصة ، ففي الصحة وجهان أصحهما : في زوائد الروضة : يصح ، ويكون له خاصة في الأولى ، ولسيده خاصة في الثانية والثاني : لا ، كما لا يرث ؛

ولو أوصى له — وبعضه ملك وارث الموصى — فان كان مهايأة ومات في نوبته ، صحت ، أو نوبة السيد فوصية لوارث ، وكذا إن لم يكن مهايأة ؛

قال الامام : يحتمل أن تبعض الوصية ؛

الرابع : مافيه خلاف ، والأصح أنه كالأرقاء

وفيه فروع

منها : أنه لا تجب عليه الجمعة في نوبته ؛ ولا يقتل به مبعض ، سواء كان أزيد حرية منه أم لا ، ونفقته نفقة المعسرين ، ويحد في الزنا ، والقذف حد العبد ويمنع من التسرى ، ولا تجب عليه نفقة القريب ولا الجزية ؛ وعورتها في الصلاة كالأمة ، واشتراط النجوم ، إذا كوتب ؛

الخامس : ماوزع فيه الحكم

وفيه فروع

منها : زكاة الفطر ، حيث لا مهايأة ، على كل منه ومن سيده نصف صاع ، والكسب النادر كذلك ؛

وتجب على قريبه من نفقته بقدر حريته ؛

وتحمل عاقلته نصف الدية في قتله الخطأ ؛

وفي قتله ، والجناية عليه ؛ وغرته من الدية بقدر الحرية ، وبقدر الرق من القيمة ، ويزوج المبعضة السيد مع قريبها ؛ فإن لم يكن ، فمع معتقها ؛ فان لم يكن ، فمع الحاكم ؛ وقيل ، لا يزوج ؛

ويعتكف في نوبته ، دون نوبة السيد ؛

من غرائب هذا القسم

ماذكره الروياني

لو ملك المبعض مالا بحريته ، فاقترضة منه السيد ، ورهن عنده نصيبه الرقيق صح .

قال العلائي : وهذه من مسائل المعاناة ، لأنه يقال فيها : مبعض لا يملك مالك النصف عتق نصيبه إلا بإذن المبعض ، لأن هذا النصف إذا كان مرهونا عنده لم يتمكن السيد من عتقه إذا كان معسرا إلا باذنه : انتهى :

وبقي فروع لا ترجيح فيها

منها : ما لا نقل فيه :

ومنها : لو قدر على بعضه ، هل ينكح الأمة ؟ فيه تردد للامام ، لأن إرقاق بعض الولد أهون من إرقاق كله ، كذا في أصل الروضة ، بلا ترجيح :

ومنها : إذا التقط لقيطا في نوبته ، هل يستحق كفالته ؟ وجهان ، نقلهما الرافعي عن صاحب المعتمد :

ومنها : لو سرق سيده ماملك بحريته : قال القفال : لا يقطع :

وقال أبو علي : يقطع .

ومنها : لو قبل الوصية ، بلا إذن فهل يصح في حصته ؟ وجهان .

ومنها : القسم للمبعضة : هل تعطى حكم الحرائر ، أو الإماء ، أو يوزع ؟ :

قال العلائي : لا نقل فيه :

قلت : بل صرح الماوردي ، بأنها كالأمة ، وجزم به الأذرعي في القوت ، ثم ذكر التوزيع بحثا :

ومنها : هل له نكاح أربع ، كالحر ، أولا ، كالعبد : أو يوزع ؟ .

قال العلائي : الظاهر الثاني ، لأن النصف الرقيق منه غير منفصل ، فيؤدي إلى أن ينكح به أكثر من اثنتين :

قلت : ويؤيده مسئلتا الطلاق ، والعدة .

ثم رأيت الحكم المذكور مصرحا به : منقولا عن الماوردي : وصاحب الكافي ، والرونق ، واللباب :

وبحث الزركشي فيه التوزيع ، تخريجا من وجه ، في الحد :

ونظيره : الوسقي الزرع بمطر ، أوماء اشتراه ، سواء ، فإن فيه ثلاثة أرباع العشر .

ومنها : هل يصح الوقف عليه ، أولا ، كالعبد ؟ ، قال العلائي : لا نقل فيه :

قلت : بل هو منقول ، صرح بصحته ابن خيران في اللطيف :

قال الزركشي : فلو أراد سيده أن يقف عليه نصفه الرقيق ، فالظاهر الصحة ، كالوصية :

ومنها : لو اجتمع رقيق ومبعض : قال العلائي : الظاهر : أن المبعض أولى بالإمامة :

ومنها : يغسل الرجل أمته بخلاف المبعضة : فيما يظهر ، لأنها أجنبية ، قاله العلائي :

قال : وهي أولى من المكاتبة : وقد جزموا بأنها لاتغسل السيد :

ومنها : يجوز توكيل مكاتب الراهن في قبض المرهون ، لأنه أجنبي ، لاعبده ، وفي المبعض نظر :

قال العلائي : يحتمل أن يكون كالمكاتب :

ومنها : هل يسهم له من الغنيمة ، قال العلائي : فيه نظر :

ويقوى ذلك : إذا كان في نوبته وقاتل باذن سيده ، ويكون ذلك كما لو اكتسب .

ولا يخرج على الأكساب النادرة لأن إذنه في القتال لايجعل الغنيمة نادرة .

وليس له أن يقاتل بلا إذن قطعا ، ولم يتعرضوا له . وإن لم يكن مهايأة بعد الإسهام .

ومنها : هل يرى سيدته ، إذا قلنا بجوازه للعبد :

قال العلائي : فيه نظر : وينبغي أن لايراها :

قلت : صرح الماوردي بمنعه ، وقال : لايختلف فيه أصحابنا .

ومنها : هل يرى من نصفها له ، والباقي حر .

قال العلائي : يحتمل أن يكون فيه الخلاف في الصلاة ، وقد رجح الماوردي أنها كالحرة .

ورجح ابن الصباغ ، وطائفة أنها كالأمة :

ومنها : لو اعتدت عن الوفاة ، أو بالأشهر :

قال العلائي : لم أر فيه نقلا :

وقد قالوا : إن عدتها قرءان ، فالظاهر أنها في الأشهر على النصف كالأمة .

وكذا قال الأذرعي وغيره بحثا :

تنبيه

ويدخل في المهايأة : الكسب ، والمؤن المعتادة قطعا :

وفي النادر من الأكساب : كاللقطة ، والوصية ، والمؤن ، كأجرة الحجام ، والطبيب قولان ، أو وجهان . أصحهما : الدخول .

ولا يدخل أرش الجناية بالاتفاق ، لأنها متعلقة بالرقبة ، وهي مشتركة . كذا

فى الروضة نقلا عن الامام ، وهو صريح فى أن فرض المسئلة فى جنايته هو ، وبه صرح الإمام .

أما لو جنى عليه ، فالظاهر أيضا : أنه كذلك قاله ؛

فائدة

والتبعيض ، يقع ابتداء فى صور :

الأولى : ولد المبعضة من زوج أو زنا ، سئل عنه القاضى حسين ؛ فقال : يمكن تخريجه على الوجهين : فى الجارية المشتركة إذا وطئها الشريك وهو معسر ، ثم استقر جوابه على أنها كالأم حرية ورقا ؛

قال الامام : وهذا هو الوجه ؛ لأنه لاسبب لحريته إلا الأم ، فيقدر بقدرها .

الثانية : الولد من الجارية المشتركة إذا وطئها الشريك المعسر ؛ اختلف فيه التصحيح :

ففى المكاتبة بين اثنين يطؤها أحدهما ، وهو معسر ؛ قال الرافعى : وتبعه فى الروضة فى الولد وجهان ؛ أصحهما : نصفه حر ، ونصفه رقيق ؛ والثانى : كله حر ، للشبهة ؛

وقال فى استيلاد أحد الغانمين المحصورين ، إذا أثبتنا الاستيلاد : أنه إذا كان معسرا هل ينعقد الولد حرا أو بقدر حصته ، والباقى رقيق ؛ وجهان ؛ وقيل : قولان ؛

أحدهما : كله حر ؛ لأن الشبهة تعم الجارية ؛ وحرية الولد تثبت بالشبهة ، وإن لم تثبت الاستيلاد ؛

ووجه الثانى : أنه تبع للاستيلاد ، وهو متبعض ؛

قالا : وهذا الخلاف يجرى فيما إذا أولد أحد الشريكين المشتركة ، وهو معسر ؛

فان قلنا : كله حر لزم المستولد قيمة حصة الشركاء فى الولد ، وهذا هو الأصح. كذا قاله القاضى أبو الطيب ، والرويانى ، وغيرهما .

قال البلقينى : والصحيح أنه يتبعض ؛

الثالثة : إذا استولد الأب الحر جارية مشتركة بين ابنه وبين غيره — وهو معسر — فيكون نصف الولد حرا ، ونصفه رقيقا على الأظهر .

الرابعة : العتيق الكافر بين المسلم والذمى : إذا نقض العهد ، والتحق بدار الحرب ، فسبى ، فانه يسترق نصيب الذمى على الأصح ، ولا يسترق نصيب المسلم ، على المشهور ؛

الخامسة : ضرب الإمام الرق على بعض شخص ، ففى جوازه وجهان أصحهما فى الروضة ، وأصلها : الجواز ؛

قال البغوى : فان منعناه ، فان ضرب الرق على بعضه رق كله ؛

وهذه صورة يسرى فيها الرق ، ولا نظير لها ، وإياها عنيت بقولى :

أيها الفقيه ، أيدك الله ولا زلت فى أمان ويسر
هل لنا معتق نصيبا فيلغى ولنا صورة بها الرق يسرى؟

السادسة : إذا أوصى بنصف حمل الجارية ، ثم أعتق الوارث الجارية بعد الموت ، ثم حدث ولد ، فان نصفه حر ، ونصفه رقيق للموصى له ؛

وأما التبعيض فى عبده الخالص : فلا يقع إلا فى ثلاث صور :

الأولى : رهن بعض عبده وأقبضه ، ثم أعتق غير المرهون وهو معسر ، فانه يعتق ذلك البعض فقط ؛

الثانية : جنى عبد بين اثنين ، ففداه أحدهما ، ثم اشترى الذى لم يفد ذلك النصف المفدى وأعتقه — وهو معسر — عتق فقط ؛

الثالثة : وكل وكيلا فى عتق عبده ، فأعتق الوكيل نصفه ، فأوجه. أصحها فى الروضة وأصلها : يعتق ذلك النصف فقط ؛

والثانى : يعتق كله ، ورجحه البلقينى ، تنزيلا لعبارة الوكيل منزلة عبارة الموكل ؛

والثالث : لا يعتق شىء لمخالفة الوكيل .

القول فى أحكام الأنثى

« تخالف الذكور فى أحكام »

لا يجزئ فى بولها النضح ، ولا الحجر ، إن كانت بنتا ؛

والسنة فى عانتها : النتف ؛ ولا يجب ختانها فى وجه ؛

ويجب عليها غسل باطن لحيتها ؛ ويسن حلقها ؛ وتمنع من حلق رأسها ؛

ولبنها طاهر على الصحيح ؛

وفى لبن الرجل كلام ، سنذكره ؛

ومنها نجس فى وجه : وتزيد فى أسباب البلوغ : بالحيض ، والحمل ؛

ولا تؤذن مطلقا ، ولا تقيم للرجال ؛

وعورتها تخالف عورة الرجل ، وصوتها عورة فى وجه ، ويكره لها الحمام ؛ وقيل يحرم ؛

ولا تجهر بالصلاة فى حضرة الأجانب ؛ وفى وجه مطلقا ، وتضم بعضها إلى بعض فى الركوع والسجود ، وإذا نابها شىء فى صلاتها صفقت ؛ والرجل يسبح ، ولا تجب عليها الجماعة ؛

ويكره حضورها للشابة ؛ ولا يجوز إلا بإذن الزوج ، وهى فى بيتها أفضل من المسجد ؛

ولا يجوز اقتداء الرجل ، والخنثى بها ؛ وتقف إذا أمت النساء وسطهن ؛
ولها لبس الحرير ، وكذا افتراشه فى الأصح ، وحلى الذهب والفضة ؛
ولا جمعة عليها ؛ ولا تنعقد بها ؛
ولا ترفع صوتها بتكبير العيد ، ولا تلبية الحج ، ولا تخطب بحال ؛
والأفضل : تكفينها فى خمسة أثواب ، وللرجال ثلاثة . ويقف المصلى عليها عند عجزها وفى الرجل عند رأسه ؛ ويندب لها ، نحو القبة فى التابوت ؛
ولا يسقط بها فرض الجنازة مع وجود الرجال فى الأصح ؛
ولا تحمل الجنازة ، وإن كان الميت أنثى ؛
ولا تأخذ من سهم العاملين ، ولا سبيل الله ، ولا المؤلفة فى وجه ؛
ولا تقبل فى الشهادات : إلا فى الأموال ، وما لايطلع عليه الرجال .
ولا كفارة عليها بالجماع فى رمضان ؛

ويصح اعتكافها فى مسجد بيتها فى القديم . ويكره لها الاعتكاف ، حيث كرهت الجماعة ؛

ولا تسافر إلا مع زوج ، أو محرم فيشترط لها ذلك فى وجوب الحج عليها ؛ ويشترط لها أيضا : المحمل ، لأنه أستر . ويندب لها عند الإحرام : خضب يديها ، ووجهها ؛

ويباح لها : الخضب بالحناء مطلقا ، ولا يجوز للرجل إلا لضرورة ، ولا يحرم عليها فى الإحرام المخيط ، وستر الرأس ؛ بل الوجه والقفازان : ولا تقبل الحجر ، ولا تستلمه ولا تقرب من البيت : إلا عند خلو المطاف من الأجانب . ولا ترمل فى الطواف ، ولا تضطبع ، ولا ترقى على الصفا والمروة ، ولا تعدو بين الميلين ؛ ولا تطوف . ولا تسعى إلا بالليل وتقف فى حاشية الموقف والرجل عند الصخرات وقاعدة ، والرجل راكب .
ولا تؤمر بالحلق : ولا ترفع يدها عند الرمى ؛

والتضحية بالذكر أفضل منها فى المشهور ؛
ويعق عنها بشاة ، وعن الذكر بشاتين ، والذكر فى الذبح أولى منها ؛
ويجوز بيع لبنها سواء كانت أمة أم حرة ، على الأصح ؛ بخلاف لبن الرجل ؛
ولا يجوز قرضها ؛ والتقاطها للتملك لغير المحرم فى الأصح ، بخلاف العبد ؛
ولا تكون وليا فى النكاح ، ولا وكيلا فى إيجابه ، ولا قبوله . ولا فى الطلاق فى وجه ؛

والغناء منها غير متقوم ، ومن العبد متقوم ؛
ولا تصح معها المسابقة ، لأنها ليست من أهل الحرب ؛
ولا يقبل قولها فى استلحاق الولد إلا ببينة فى الأصح ، بخلاف الرجل ؛

وهى على النصف من الرجل فى الإرث ، والشهادة ، والغرم عند الرجوع ، والدية نفسا ، وجرحا : وفى هبة الوالد فى وجه : وفى النفقة على القريب فى أحد الوجهين ؛

ولا تلى القضاء ، ولا الوصاية فى وجه :

وتجبر الأمة على النكاح ، بخلاف العبد فى الأظهر : ولا تجبر سيدها على تزويجها قطعا إذا كانت تحل له ويجبر على تزويج العبد فى قول ، ويحرم عليها ولدها من زنا . بخلاف الرجل ؛

ويحل لها نكاح الرقيق مطلقا ؛

وبضعها يقابل بالمهر ، دون الرجل .

ويحرم لبنها ، دون لبن الرجل على الصحيح .

وتقدم على الرجال فى الحضانة ، والنفقة ، والدعوى ؛ والنفر من مزدلفة إلى منى ، والانصراف من الصلاة ؛

وتؤخر فى الفطرة والموقف فى الجماعة ، وفى اجتماع الجنائز عند الإمام : وفى اللحد .

وتقطع حلمة الرجل بحلمتها لا عكسه ، وفى حلمتها الدية . وفى حلمته الحكومة على الأصح .

وفى استرسال نهدها : الحكومة ، بخلاف الرجل .

ولا تباشر استيفاء القصاص ؛

ولا تدخل فى القرعة ، على الأصح فى الشرح والروضة .

ولا تحمل الدية ، ولا ترمى أو نظرت فى الدار ، فى وجه ؛

ولا جهاد عليها ، ولا جزية : ولا تقتل فى الحرب ، مالم تقاتل .

وفى جواز عقد الأمان لها استقلالا ، من غير إدخال رجل فى العقد : فيه وجهان . فى الشرح ، بلا ترجيح ، ولا يسهم لها ، ولا تستحق السلب ، فى وجه ؛

ولا تقيم الحد على رقيقها ، فى وجه ؛

ويحفر لها فى الرجم إن ثبت زناها ببينة ، بخلاف الرجل ، وتجلد جالسة ، والرجل قائما .

ولا تكلف الحضور للدعوى إذا كانت مخدرة ، ولا إذا توجه عليها اليمين ، بل يحضر إليها القاضى فيحلفها ، أو يبعث إليها نائبه ؛

تنبيه

فى مواضع مهمة ، تقدمت الإشارة إليها

منها : تقدم أن لبنها طاهر ؛

وأما ابن الرجل : فلم يتعرض له الشيخان ؛ وصرح الصيمرى فى شرح الكفاية بطهارته : وصححه البلقينى : وصرح ابن الصباغ بأنه نجس ؛

ومنها : المرأة فى العورة : لها أحوال :

حالة مع الزوج ، ولا عورة بينهما ، وفى الفرج وجه :

وحالة مع الأجانب ، وعورتها : كل البدن ، حتى الوجه ، والكفين فى الأصح :

وحالة مع المحارم والنساء ، وعورتها : مابين السرة والركبة :

وحالة فى الصلاة ، وعورتها : كل البدن ، إلا الوجه والكفين : وصرح الإمام فى النهاية : بأن الذى يجب ستره منها فى الخلوة : هى العورة الصغرى ، وهو المستور من عورة الرجل :

ومنها : المجزوم به ، وهو الوارد فى الحديث « إن المرأة إذا نابها شىء فى صلاتها تصفق . ولا تسبح » :

قال الأسنوى : وقد صححوا أنها تجهر فى الصلاة بحضرة زوج ، أو محرم ، أو نسوة أو وحدها : وقياس ذلك : أن تسبح فى هذه الأحوال : كالرجل : ويحمل الحديث على غير ذلك ، لأن التسبيح فى الصلاة أليق من الفعل ، خصوصا التصفيق :

ومنها : هل يحرم على الأجانب تعزية الشابة ؟ لاتصريح بذلك فى كتب الرافعى ، والنووى ، وابن الرفعة :

وذكر أبو الفتوح فى أحكام الخناثى : أن المحارم يعزونها ، وغير المحارم يعزون العجوز دون الشابة .

قال الأسنوى : ومقتضاه التحريم :

ومنها : هل يجوز أن تكون المرأة نبية اختلف فى ذلك :

وممن قيل بنبوتها : مريم :

قال السبكى فى الحلبيات : ويشهد لنبوتها ذكرها فى سورة مريم ، مع الأنبياء : وهو قرينة :

قال : وقد اختلف فى نبوة نسوة غير مريم ، كأم موسى : وآسية ، وحواء : وسارة ولم يصح عندنا فى ذلك شىء انتهى :

القول فى أحكام الخنثى

قال الأصحاب : الأصل فى الخنثى : ماروى الكلبى عن أبى صالح عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال — فى مولود له ماللرجال ، وما للنساء — : « يورث من حيث يبول » : أخرجه البيهقى : وهو ضعيف جدا :

ولكن روى ذلك عن على رضى الله عنه وغيره :

وقال سعيد بن منصور فى سننه : حدثنا هشيم عن مغيرة : عن الشعبى : عن على أنه

قال : "والحمد لله الذى جعل عدونا يسألنا عما نزل به من أمر دينه : إن معاوية كتب إلى يسألنى عن الخنثى ، فكتبت إليه : أن يورثه من قبل مباله » :

قال النووى : الخنثى ضربان : ضرب له فرج المرأة ،وذكر الرجال : وضرب ليس له واحد منهما : بل له ثقبة يخرج منها الخارج ، ولا تشبه فرج واحد منهما :

فالأول : يتبين أمره بأمور :

أحدها : البول : فان بال بذكر الرجال وحده : فرجل ، أو بفرج النساء : فامرأة أو بهما اعتبر بالسابق ، إن انقطعا معا : وبالمتأخر إن ابتدآ معا : فإن سبق واحد ، وتأخر آخر : اعتبر بالسابق : فان اتفقا فيهما ، فلا دلالة فى الأصح ، ولا ينظر إلى كثرة البول من أحدهما ، ولا إلى التزريق بهما ، أو الترشيش :

الثانى ، والثالث : خروج المنى والحيض فى وقت الإمكان. فان أمنى بالذكر ، فرجل أو الفرج أو حاض ، فامرأة :

بشرط أن يتكرر خروجه ليتأكد الظن به ، ولا يتوهم كونه اتفاقيا : كذا جزم به الشيخان :

قال الأسنوى : وسكوتهما عن ذلك فى البول يقتضى عدم اشتراطه فيه ، والمتجه : استواء الجميع فى ذلك :

قال : وأما العدد المعتبر فى التكرار : فالمتجه : إلحاقه بما قيل فى كلب الصيد : بأن يصير عادة له : فان أمنى بهما ، فالأصح أنه يستدل به :

فان أمنى نصفه منى الرجال فرجل : أو نصفه منى النساء ، فامرأة :

فان أمنى من فرج الرجال نصفه منهم : ومن فرج النساء نصفه منهن ، أو من فرج النساء نصفه منى الرجال ، أو عكسه ، فلا دلالة :

. وكذا إذا تعارض بول وحيض ، أو منى : بأن بال بفرج الرجال . وحاض أو أمنى بفرج النساء : وكذا إذا تعارض المنى والحيض فى الأصح :

الرابع : الولادة : وهى تفيد القطع بأنوثته ، وتقدم على جميع العلامات المعارضة لها :

قال فى شرح المهذب : ولو ألقى مضغة : وقال القوابل : إنه مبدأ خلق آدمى : حكم به : وإن شككن دام الإشكال :

قال : ولو انتفخ بطنه ، وظهرت أمارة حمل : لم يحكم بأنه امرأة ، حتى يتحقق الحمل :

قال الأسنوى : والصواب الاكتفاء بظهور الأمارة. فقد جزم به الرافعى فى آخر الكلام على الخنثى . وتبعه عليه فى الروضة : وكذا فى شرح المهذب فى موضع آخر وهو

الموافق ، الجارى على القواعد المذكورة فى الرد بالعيب ، وتحريم الطلاق ، واستحقاق المطلقة النفقة ، وغير ذلك :

الخامس : عدم الحيض فى وقته علامة على الذكورة ، يستدل بها عند التساوى فى البول : نقله الأسنوى عن الماوردى :

قال : وهى مسئلة حسنة ، قل من تعرض لها :

السادس : إحباله لغيره ، نقله الأسنوى عن العدة ، لأبى عبد الله الطبرى ، وابن أبى الفتوح وابن المسلم :

قال : ولو عارضه حبله قدم على إحباله ، حتى لو وطىء كل من المشكلين صاحبه فأحبله ، حكمنا بأنهما أنثيان ، ونفينا نسب كل منهما عن الآخر :

السابع : الميل ويستدل به عند العجز ، عن الأمارات السابقة : فانها مقدمة عليه : فان مال إلى الرجل فامرأة ، أو إلى النساء فرجل :

فان قال : أميل إليهما ميلا واحدا ، ولا أميل إلى واحد منهما ، فمشكل :

الثامن : ظهور الشجاعة ، والفروسية ، ومصابرة العدو ، كما ذكره الأسنوى تبعا لابن المسلم :

التاسع إلى الثانى عشر : نبات اللحية ، ونهود الثدى ، ونزول اللبن ، وتفاوت الأضلاع فى وجه : والأصح أنها لادلالة لها :

وأما الضرب الثانى

ففى شرح المهذب عن البغوى : أنه لايتبين إلا بالميل :

قال الأسنوى : ويتبين أيضا بالمنى المتصف بأحد النوعين ، فانه لامانع منه :

قال : وأما الحيض ، فيتجه اعتباره أيضا : ويحتمل خلافه : لأن الدم لايستلزم أن يكون حيضا ، وإن كان بصفة الحيض ، لجواز أن يكون دم فساد : بخلاف المنى :

وأما أحكام الخنثى . الذى لم يبن فأقسام

والضابط أنه يؤخذ فى حقه بالاحتياط ، وطرح الشك :

القسم الأول

ماهو فيه كالأنثى

وذلك : فى نتف العانة ، ودخول الحمام ، وحلق الرأس ، ونضح البول ، والأذان والإقامة ، والعورة ، والجهر فى الصلاة ، والتصفيق فيما إذا نابه شىء ، والجماعة ، والاقتداء والجمعة ، ورفع الصوت بالتكبير ، والتلبية ، والتكفين ، ووقوف المصلى عند عجزها ،

وعدم سقوط فرض الجنازة بها ، وكونها لاتأخذ من سهم العاملين ولا سبيل الله ، ولا المؤلفة : وشرط وجوب الحج ، ولبس المخيط ، والقرب من البيت ، والرمل ، والاضطباع والرقى ، والعدو ، والوقوف ، والتقديم من مزدلفة ، والعقيقة ، والذبح ، والتوكيل فى النكاح وغيره ، والقضاء ، والشهادة ، والدية ، وعدم تحمل العقل : وفى الجهاد ، والسلب والرضخ ، والجزية : والسفر بلا محرم : ولا يحل وطؤه :

القسم الثانى

ماهو فيه كالذكر

وذلك فى لبس الحرير ، وحلى الذهب ، والوقوف أمام النساء إذا أمهن ، لاوسطهن لاحتمال كونه رجلا ، فيؤدى وقوفه وسطهن إلى مساواة الرجل للمرأة ، وفى الزكاة ، وليس وطؤه فى زمن الخيار فسخا ، ولا إجازة . ويقبل قوله فى استلحاق الولد ، كما صححه أبو الفتوح ، ونقله الأسنوى احتياطا للنسب ، ولا يحرم رضاعه ، ولا دية فى حلمتيه ، ولا حكومة فى إرسال ثديه ، أو جفاف لبنه :

القسم الثالث

ماوزع فيه الحكم

وفى ذلك فروع :

الأول : لحيته ، لايستحب حلقها : لاحتمال أن تتبين ذكورته ، فيتشوه : ويجب فى الوضوء غسل باطنها ، لاحتمال كونه امرأة ، كما جزم به الشيخان وغيرهما :

وذكر صاحب التعجيز فى شرحه : أنه كالرجل ، لأن الأصل : عدم الوجوب :

الثانى : لاينتقض وضوءه ، إلا بالخروج من فرجيه ، أو مسهما ، أولمسه رجلا وامرأة ولا غسله إلا بالانزال منهما ، أو بايلاجه ، والايلاج فيه .

قال البغوى : وكل موضع لايجب فيه الغسل على الخنثى المولج : لايبطل صومه ، ولا حجه ، ولا يجب على المرأة التى أولج فيها عدة ، ولامهر لها :

وأما الحد : فلا يجب على المولج فيه ، ولا المولج : ويجب على الخنثى الجلد والتغريب ولو أولج فيه رجل ، وأولج الخنثى فى دبره ، فعلى الخنثى الجلد : وكذا الرجل إن لم يكن محصنا . فان كان محصنا : فان حده بتقدير أنوثة الخنثى : الرجم ، وبتقدير ذكورته : الجلد :

والقاعدة : أن التردد بين جنسين من العقوبة ، إذا لم يشتركا فى الفعل ، يقتضى اسقاطهما بالكلية ، والانتقال إلى التعزير ، لأنه لايمكن الجمع بينهما ، وليس أحدهما بأولى من الآخر : كذا ذكره ابن المسلم ، فى أحكام الخناثى :

وقال الأسنوى: إنه حسن متجه ، وحينئذ فيجب على الرجل التعزير ؛
وهذه من غرائب المسائل : شخص أتى مايوجب الحد ؛ فان كان محصنا عزر ، وإن كان غير محصن : جلد ، وعزر ؛ وإياها عنيت بقولى ملغزا :

قل للفقيه ، إذا لقيت محاجيا ومغربا :
فرع بدا فى حكمه لأولى النهى مستغربا
شخص أتى ماحده قطعا غدا مستوجبا
إن تلفه بكر اجلدت مثا ثم وغربا
وإذا تراه محصنا عزرته مترقبا
قد أصبح النحرير مما قلته متعجبا
فأبنه دمت موضحا للمشكلات مهذبا

الثالث : إذا حاض من الفرج ؛ حكم بأنوثته وبلوغه ، ولا يحرم عليه محرمات الحيض لجواز كونه رجلا ، والخارج دم فاسد ؛
الرابع : يجب عليه ستر كل بدنه ، لاحتمال كونه امرأة ؛ فلو اقتصر على ستر عورة الرجل وصلى ؛ فوجهان : أصحهما فى التحقيق : الصحة ، للشك فى وجوبه ؛
قال الأسنوى: والفتوى عليه : فانه الذى يقتضيه كلام الأكثرين ؛
وصحح فى شرح المهذب وزوائد الروضة : البطلان ، لأن الستر شرط وقد شككنا فى حصوله ؛
الخامس : لا تجب عليه الفدية فى الحج إلا لستر رأسه ووجهه معا ، والأحوط له : أن يستر رأسه دون وجهه وبدنه بغير المخيط ؛ كما قال القفال . ونقله الأسنوى ؛
السادس : الإرث ؛ يعامل فى حقه كالمرأة ، وفى حق سائر الورثة كالرجل ، ويوقف القدر الفاضل للبيان ، فان مات ، فلا بد من الاصطلاح على المذهب ؛

القسم الرابع
ما خالف فيه النوعين

فيه فروع :
منها : ختانه والأصح تحريمه ؛ لأن الجرح لا يجوز بالشك .
ومنها : لا يجوز له الاستنجاء بالحجر ، لا فى ذكره . ولا فى فرجه ، لالتباس الأصلى بالزائد ؛ والحجر : لا يجزئ ، إلا فى الأصلى ؛
ومنها : إذا مات لا يغسله الرجال ، ولا النساء الأجانب كما اقتضاه كلام الرافعى ؛ و صحح فى شرح المهذب : أنه يغسله كل منهما .
ومنها : أنه فى النظر والخلوة مع الرجال كامرأة ومع النساء كرجل .

ومنها : أنه لا يباح له من الفضة كما يباح للنساء ، ولا يباح للرجال :

ومنها : لا يصح السلم فيه لندوره. ولا يصح قبضه عن السلم فى جارية ، أوعبد، لاحتمال كونه عكس ما أسلم فيه :

ومنها : لا يصح نكاحه .

القسم الخامس
ما وسط فيه الذكر والأنثى

وفى ذلك فروع :

منها : أوصى بثوب لأولى الناس به : قدمت المرأة ، ثم الخنثى ، ثم الرجل :

ومنها : يقف خلف الإمام . الذكور ، ثم الخناثى ، ثم النساء .

ومنها : ينصرف بعد الصلاة : النساء ، ثم الخناثى ثم الرجال .

ومنها : يقدم فى الجنائز إلى الإمام ، وإلى اللحد : الذكور ، ثم الخناثى ، ثم النساء :

ومنها : الأولى بحمل الجنازة : الرجال ، ثم الخناثى ثم النساء :

ومنها : التضحية بالذكر أفضل ، ثم الخنثى ثم الأنثى .

ومنها : الأولى فى الذبح : الرجل ، ثم الخنثى ، ثم الأنثى .

فرع

إذا فعل شيئا فى حال إشكاله ، ثم بان ما يقتضى ترتب الحكم عليه : هل يعتد به ؟ فيه نظائر :

الأول : إذا اقتدى بخنثى : فبان رجلا ، ففى الإجزاء : قولان : أظهرهما : عدم الإجزاء

الثانى : إذا عقد النكاح بخنثيين ، فبانا ذكرين ، ففى صحته وجهان ، بناء على مسئلة الاقتداء :

قال النووى : لكن الأصح هنا : الصحة : لأن عدم جزم النية يؤثر فى الصلاة :

الثالث : لو تزوج رجل بخنثى ، ثم بان امرأة ، أو عكسه : جزم الرويانى فى البحر : بأنه لا يصح : واقتضى كلام ابن الرفعة الاتفاق عليه ، وأنهم لم يجروا فيه خلاف الاقتداء .

ثم فرق بين النكاح ، والصلاة : بأن احتياط الشرع فى النكاح أكثر من احتياطه فى الصلاة ، لأن أمر النكاح غير قاصر على الزوجين ، وأمر الصلاة قاصر على المصلى . ولهذا لا يجوز الاقدام على النكاح بالاجتهاد ، عند اشتباه من تحل : بمن لا تحل : ويجوز ذلك فيما يتعلق بالصلاة : من طهار ، وسترة ، واستقبال :

قال الأسنوى : الصواب إلحاقه بما إذا كان شاهدا ، لاستواء الجميع فى الركنية ، وقد صرح به ابن المسلم :

قال : ويؤيد الصحة . ما في البحر : أنه لو تزوج امرأة ، وهما يعتقدان بينهما أخوة من الرضاع ثم تبين خلاف ذلك ، صح النكاح على الصحيح .

الرابع : إذا توضأ ، أو اغتسل حيث لم يحكم باستعمال الماء فلو بان . فهل يتبين الحكم باستعماله ؟ ينبني على طهارة الاحتياط هل ترفع الحدث الواقع فى نفس الأمر ، أم لا ؟ والأصح : لا ، فلا يحكم عليه بالاستعمال .

ذكره الأسنوى تخريجا .

الخامس : لو صلى الظهر ثم بان رجلا وأمكنه إدراك الجمعة ، لزمه السعى إليها فان لم يفعل لزمه إعادة الظهر ، بناء على أن من صلى الظهر قبل فواتها لم يصح ، قاله فى شرح المهذب.

السادس : لو خطب فى الجمعة أو كان أحد الأربعين ثم بان رجلا ، لم يجز فى أصح الوجهين .

السابع : لو صلى على الجنازة مع وجود الرجل ، ثم بان رجلا لم يسقط الفرض على أصح الوجهين .

وهما مبنيان على مسئلة الاقتداء .

قال الأسنوى : ووجهه ، أن نية الفرضية واجبة وهو متردد فيها .

الثامن : إذا قلنا بجواز بيع لبن المرأة دون الرجل ، فبيع لبن الخنثى ثم بان امرأة ففيه القولان ، فيمن باع مال مورثه ظانا حياته فبان ميتا .

التاسع : أسلم فى عبد أو جارية ، فسلمه خنثى لم يصح .

فلو قبضه ، فبان بالصفة التى أسلم فيها فوجهان : كالمسئلة التى قبلها ذكره ابن المسلم ويجريان أيضا : فيما لو نذر أن يهدى ناقة أو جملا ، فأهدى خنثى وبان .

أو أن يعتق عبدا أو أمة ، فأعتق خنثى وبان .

قاله ابن المسلم أيضا .

العاشر : وكل خنثى فى إيجاب النكاح أو قبوله فبان رجلا ، ففى صحة ذلك وجهان كالمسئلة قبلها ، قاله ابن المسلم .

الحادى عشر : رضع منه طفل ثم بان أنثى ، ثبت التحريم جزما .

الثانى عشر : وجبت الدية على العاقلة ، لم يحمل الخنثى فان بان ذكرا فهل يغرم حصته التى أداها غيره ؟ قال الرافعى ، فيه وجهان فى التهذيب .

وصحح فى الروضة من زوائده : الغرم بحثا ونقله الأسنوى عن أبى الفتوح وصاحب البيان .

الثالث عشر : لاجزية على الخنثى ، فلو بان ذكرا فهل يؤخذ منه جزية السنين الماضية ؟ وجهان فى الشرح :

قال فى الروضة : ينبغى أن يكون الأصح الأخذ :

وقال الأسنوى : بل ينبغى تصحيح العكس ، فان الرافعى ذكر أنه إذا دخل حربى دارنا وبقى مدة ثم اطلعنا عليه ، لانأخذ منه شيئا لما مضى على الصحيح ، لأن عماد الجزية القبول ، وهذا حربى لم يلتزم شيئا وهذا موجود هنا ، بل أولى لأنا لم نتحقق الأهلية فى الخنثى :

وقال ابن المسلم : إن كان الخنثى حربيا ودخل بأمان ، ثم تبين أنه رجل فلا جزية لعدم العقد وإن كان ولد ذمى ، فان قلنا إن من بلغ من ذكورهم يحتاج إلى عقد جديد فلا شىء عليه وإلا وجبت :

قال الأسنوى : والذى قاله مدرك حسن :

الرابع عشر : لو ولى القضاء ثم بان رجلا ، لم ينفذ حكمه الواقع فى حال الإشكال على المذهب وقيل فيه وجهان وهل يحتاج إلى تولية جديدة :

قال الأسنوى : القياس نعم ، فقد جزم الرافعى بأن الإمام لو ولى القضاء من لا يعرف حاله لم تصح ولايته وإن بان أهلا :

الخامس عشر : لو لم يحكم بانتقاض طهره بلمس أو إيلاج أو غيرهما ، فصلى ثم بان خلافه ، ففى وجوب القضاء طريقان :

أحدهما : أنه على القولين فيمن تيقن الخطأ فى القبلة ، والأصح القطع بالإعادة كما لو بان محدثا .

والفرق : أن أمر القبلة مبنى على التخفيف بدليل تركها فى نافلة السفر بخلاف الطهارة :

فرع

لا يجوز اقتداء الخنثى بمثله لاحتمال كون الإمام امرأة والمأموم رجلا

ونظيره : لو اجتمع أربعون من الخناثى فى قرية لم تصح إقامتهم الجمعة ذكره أبو الفتوح

ولو كان له أربعون من الغنم خناثى ، قال الأسنوى : فالمتجه أنه لا يجزيه واحد منها لجواز أن يكون المخرج ذكرا والباقى إناث ، بل يشترى أنثى بقيمة واحد منهما :

قال : ويحتمل أن يجزى لأنه على صفة المال ، فلا يكلف المالك سواه :

فرع

الخنثى : إما ذكر أو أنثى ، هذا هو الصحيح المعروف :

وقيل : إنه نوع ثالث :

وتفرع على ذلك فروع

منها : إذا قال إن أعطيتنى غلاما أو جارية فأنت طالق ، طلقت بالخنثى على الصحيح ولا تطلق على الآخر .

ومنها : لو حلف لايكلم ذكرا ولا أنثى ، فكلم الخنثى حنث على الصحيح ولا يحنث على الآخر .

ومنها : وقف على الأولاد ، دخل الخنثى أو البنين أو البنات لم يدخل ولكن يوقف نصيبه ، كالإرث أو البنين والبنات دخل على الصحيح لأنه إما ذكر أو أنثى ، وقيل لا لأنه لايعدو واحدا منهما .

فرع
فى أحكام الخنثى الواضح

منها : أن فرجه الزائد له حكم المنفتح تحت المعدة مع انفتاح الأصلى .

ومنها : أنه لايجوز له قطع ذكره وأنثييه لأن الجرح لايجوز بالشك ذكره أبو الفتوح .

قال : ولا يتجه تخريجه على قطع السلعة ، نقله الأسنوى .

ومنها : لو اشترى رقيقا فوجده خنثى واضحا ثبت الخيار فى الأصح كما لو بان مشكلا وكذا لو بان أحد الزوجين فى قول .

ولو اشتراه عالما به فوجده يبول بفرجيه معا ثبت الخيار أيضا ، لأن ذلك لاسترخاء المثانة .

فائدة

حيث أطلق الخنثى فى الفقه ، فالمراد به المشكل

القول : فى أحكام المتحيرة

إنما يطلق هذا الاسم على ناسية عادتها فى الحيض قدرا ووقتا ، وتسمى أيضا محيرة ـ بكسر الياء ـ لأنها حيرت الفقيه فى أمرها .

وقد ألف الدارمى فى أحكامها مجلدة واختصرها النووى .

فالأصح ـ وبه قطع الجمهور ـ أنها تؤمر بالاحتياط .

وبيان ذلك بفروع

الأول : يحرم على زوجها وسيدها وطؤها بكل حال لاحتمال الحيض .

فى وجه : لايحرم ، لأنه يستحق الاستمتاع فلا نحرمه بالشك .

فعلى الأول : لو وطىء عصى ولا يلزمه التصدق بدينار على القديم ، لأنا لم نتيقن الوطء فى الحيض وما بين سرتها وركبتها كحائض ، وعلى الزوج نفقتها ويقسم لها ، ولا خيار له فى فسخ النكاح لأن جماعها ليس مأيوسا عنه بخلاف الرتقاء .

قال الأذرعى : ولو اعتقد الزوج إباحة الوطء ، فالظاهر أنه ليس لها المنع .

الثانى : يحرم عليها المسجد كالحائض .

قال فى شرح المهذب : إلا المسجد الحرام فانه يجوز دخوله للطواف المفروض وكذا المسنون فى الأصح ولا يجوز لغيرها .

الثالث : يحرم عليها قراءة القرآن خارج الصلاة ، واختار الدارمى جوازها .

وأما فى الصلاة : فقراءة الفاتحة وكذا غيرها فى الأصح .

الرابع : يجوز تطوعها بالصلاة والصوم والطواف فى الأصح ، لأن النوافل من مهمات الدين وفى منعها تضييق عليها ولأنها مبنية على التخفيف وقيل : يحرم لأن حكمها كالحائض وإنما جوز لها الفرض للضرورة ولا ضرورة هنا ، وقيل : يجوز الراتبة وطواف القدوم دون النفل المطلق .

الخامس : يجب عليها الغسل لكل فرض إذا لم تعلم وقت انقطاعه ، فان علمته كعند الغروب ، وجب كل يوم عقب الغروب .

ويشترط وقوع الغسل فى وقت الصلاة لأنها طهارة ضرورة ولا يشترط المبادرة بالصلاة بعده ، على الصحيح فيهما .

السادس : يجب عليها أداء الصلاة والصوم لوقتهما ، مع قضاء الصوم أيضا ، اتفاقا ومع قضاء الصلاة ، على ما صححه الشيخان وصحح الأسنوى خلافه ونقله عن نص الشافعى . وتقضى الطواف أيضا إذا فعلته .

السابع : لا يجوز أن يقتدى بها طاهرة ولا متحيرة لاحتمال مصادفة الحيض ، فأشبه صلاة الرجل خلف الخنثى .

الثامن : ليس لها الجمع بين الصلاتين تقديما ، لأن شرطه تقدم الأولى وهى صحيحة يقينا ، أو بناء على أصل ولم يوجد هنا .

التاسع : لو أفطرت لحمل أو رضاع خوفا على الولد ، فلا فدية على الصحيح لاحتمال الحيض ، والأصل براءتها .

العاشر : يجب عليها طواف الوداع ولو تركته فلا دم عليها لما ذكر ، قاله الرويانى .

الحادى عشر : عدتها بثلاثة أشهر فى الحال ولا تؤمر بانتظار سن اليأس على الصحيح هذا إذا لم تحفظ دورها ، فان حفظته اعتدت بثلاثة أدوار سواء كانت أكثر من ثلاثة أشهر أم أقل .

الثانى عشر : استبراؤها ، قال البلقينى لم يتعرضوا له فى الاستبراء وتعرضوا له فى العدة وهو من المشكلات ، فانها وإن كان لها حيض وطهر ، إلا أن ذلك غير معلوم فنظر إلى الزمان والاحتياط المعروف فى عدتها فإذا مضت ، خمسة وأربعون يوما ، فقد حصل الاستبراء :

وبيان ذلك : أن يقدر ابتداء حيضها فى أول الشهر مثلا ، فلا يحسب ذلك الحيض فاذا مضت خمسة عشر يوما طهرا ثم بعد ذلك خمسة عشر يوما حيضة كاملة ، فقد حصل الاستبراء :

الثالث عشر : هل يجوز نكاحها لخائف العنت إذا كانت أمة ، لم أر من تعرض له والظاهر ، المنع لأن وطأها ممتنع شرعا فلا تندفع الحاجة بها :

وهل يجوز نكاح الأمة لمن عنده متحيرة ؟ الظاهر المنع أيضا لأنها ليست مأيوسا من جماعها بخلاف الرتقاء ويحتمل الجواز :

القول فى أحكام الأعمى

قال أبو حامد فى الرونق : يفارق الأعمى البصير فى سبع مسائل :

لاجهاد عليه ، ولا يجتهد فى القبلة ، ولاتجوز إمامته على رأى ضعيف ، ولا يصح بيعه ولاشراؤه ولا دية فى عينيه ، ولاتقبل شهادته إلا فى أربع مسائل :

الترجمة والنسب وما تحمل وهو بصير وإذا أقر فى أذنه رجل فتعلق به حتى شهد عليه عند الحاكم انتهى :

قلت : وبقى أشياء أخر :

لايلى الإمامة العظمى ولا القضاء ولا تجب عليه الجمعة ولاالحج إلا إن وجد قائدا .

قال القاضى الحسين فى الجمعة إن أحسن المشى بالعصى من غير قائد لزمته :

قال فى الخادم وينبغى جريانه فى الحج ، بل أولى لعدم تكرره :

ولا تصح إجارته ولا رهنه ولا هبته ولامساقاته ولا قبضه ماورث ، أو وهب له أو اشتراه سلما أو قبل العمى أو دينه :

نعم يصح أن يشترى نفسه أو يؤجرها ، لأنه لايجهلها أو أن يشترى مارآه قبل العمى ولم يتغير .

ويحرم صيده برمى أو كلب فى الأصح :

ولا يجزئ عتقه فى الكفارة :

ويكره ذبحه وكونه مؤذنا راتبا وحده والبصير ولى منه بغسل الميت :

ولا يكون محرما فى المسافرة بقريبته ؛ ذكره العبادى فى الزيادات :

وهل له حضانة ، قال ابن الرفعة ، لم أر لأصحابنا فيه شيئا غير أن فى كلام الإمام

مايؤخذ منه أن العمى مانع فانه قال ، إن حفظ الأم للولد الذى لايستقل ليس مما يقبل (القرائن) فان المولود فى حركاته وسكناته لو لم يكن ملحوظا من مراقب لاينهو ولا يغفل لأوشك أن يهلك .

ومقتضى هذا أن العمى يمنع ، فان الملاحظة معه كما وصف لاتتأتى :

قال الأذرعى فى القوت ورأيت فى فتاوى ابن البرزى أنه سئل عن حضانة العمياء فقال لم أر فيها مسطورا ، والذى أراه أنه يختلف باختلاف أحوالها ، فان كانت ناهضة بحفظ الصغير وتدبيره والنهوض بمصلحته ، وأن تقيه من الأسواء والمضار فلها الحضانة وإلا فلا

وأفتى قاضى قضاة حماة ، بأن العمى ليس بقادح فى الحضانة بشرط أن يكون الحاضن قائما بمصالح المحضون ، إما بنفسه أو بمن يستعين به .

وفى فتاوى عبد الملك بن إبراهيم المقدسى الهمدانى شارح المفتاح من أقران ابن الصباغ أنه لاحضانة لها .

قال الأذرعى ولعله أشبه :

وقد قلت قديما :

يخالف الأعمى غيره ، فى مسائل فدونكها نظما ، وأفرغ لها فكرا
إمامته العظمى ، قضاء ، شهادة وعقد ، وقبض منه ، أبطلهما طرا
سوى السلم التوكيل ، لاإنكاح عتقه ولا يتحرى قط فى القبلة الغرا
وكره أذان وحده ، وذكاته وأولى اصطيادمنه ، أو رميه حظرا
ولا جمعة ، أو حج ، إذ ليس قائد ولاعتقه يجزى ، لفرض خلا النذرا
وليس له فى نجله من حضانة وفى غسل ميت غيره منه قل أحرى
ولا دية فى عينه ، بل حكومة ولا يكف فى الأسفار مع مرأة خدرا
فهذا الذى استثنى وقد زاد بعضهم أمورا على رأى ضعيف فطب ذكرا

ويبقى مسائل فيها خلاف ، والراجح أنه كالبصير .

منها : الإمامة فى الصلاة فيها أوجه ، قيل البصير أولى لأنه أشد تحفظا من النجاسات وقيل الأعمى لأنه أخشع والأصح أنهما سواء :

ومنها : هل يجوز اعتماد صوت المؤذن العارف فى الغيم والصحو ، فيه أوجه أصحها الجواز للبصير والأعمى ، وثالثها يجوز للأعمى دون البصير ، ورابعها يجوز للأعمى مطلقا وللبصير فى الصحو دون الغيم ، لأن فرض البصير الإجتهاد والمؤذن فى الغيم مجتهد فلا يقلده من فرضه الإجتهاد ، وصححه الرافعى :

ومنها : فى صحة السلم منه : وجهان ، الأصح : نعم : والثانى : إن عمى قبل تمييزه لم يصح .

ومنها : فى إجزاء عتقه ، فى النذر : القولان المشهوران : أصحهما : الاجزاء ؛

ومنها : هل يجوز أن يكون وصيا ؟ وجهان : الأصح : نعم ، لأنه من أهل التصرف فى الجملة ، وما لا يصح منه يوكل فيه ؛

ومنها : فى كونه وليا فى النكاح وجهان : الأصح : بلى ؛

ومنها : فى قتله إذا كان حربيا : قولان : الأظهر : يقتل ، والثانى : يرق بنفس الأسر ، كالنساء ؛

ومنها : فى ضرب الجزية عليه طريقان : المذهب : الضرب ؛

ومنها : فى كونه مترجما للقاضى : وجهان : أصحهما : الجواز ، لأن الحاكم يرى المترجم عنه ، والأعمى يحكى كلاما يسمعه ؛

ومنها : فى قبول روايته ما تحمله بعد العمى : وجهان : أصحهما : القبول : إذا كان ذلك بخط موثوق به ، واختار الإمام ، والغزالى : المنع ؛

ومنها : فى قبول شهادته بالاستفاضة : وجهان : الأصح : نعم ، إذا كان المشهود به وله وعليه معروفين : لا يحتاج واحد منهم إلى إشارة ؛

ومنها : هل يكافىء البصير ؟ وجهان : الأصح : نعم .

ومنها : هل يصح أن يكاتب عبده ؟ وجهان : الأصح : نعم ، تغليبا لجانب العتق ؛

أما قبول الكتابة من سيده ، فيصح جزما ؛

وأما مسائل اجتهاده

فلا خلاف أنه يجتهد فى أوقات الصلاة ، لأن مدركها الأوراد والأذكار ، وشبهها ، وهو يشارك البصير فى ذلك .

ولا خلاف : أنه لا يجتهد فى القبلة ، لأن غالب أدلتها بصرية ؛

وفى الأوانى قولان : أظهرهما ، يجتهد ، لأنه يمكنه الوقوف على الأمارات ، باللمس والشم ، واعوجاج الاناء ، واضطراب الغطاء ، وغير ذلك ؛ والثانى : لا ، لأن للنظر أثرا فى حصول الظن بالمجتهد فيه ، لكنه فى الوقت مخير بين الاجتهاد والتقليد ، وفى الأوانى لا يجوز له التقليد .

والفرق : أن الاجتهاد فى الأوقات ، إنما يتأتى بأعمال مستغرقة للوقت ، وفى ذلك مشقة ظاهرة ، بخلافه فى الأوانى ؛

فإن تحير فى الأوانى : قلد ، ولا يقلد البصير إن تحير ، بل يتيمم ؛

وأما اجتهاده فى الثياب ، ففيه القولان ، فى الأوانى : كما ذكره فى الكفاية ؛

أما أوقات الصوم والفطر : فقال العلائى : لم أظفر بها منقولة ، فيحتمل أن يكون كأوقات الصلاة :

ويمكن الفرق بينهما ، بما فى مراعاة طلوع الفجر ، وغروب الشمس دائما من المشقة فالظاهر : جواز التقليد ، فان لم يجد من يقلده : تحرى ، وأخذ بالأحوط :

قلت : هذا كلام غير منتهض ، لأنه يشعر بأنه ليس له التقليد فى أوقات الصلاة ، والمنقول خلافه ، فاذن أوقات الصلاة والصوم سواء ، فى جواز الاجتهاد والتقليد . وهو مقتضى عموم كلام الأصحاب ، والله اعلم :

وَمن مسائل الأعمى

أنه يجوز له وطء زوجته ، اعتمادا على صوتها :

وفى جفنه : الدية ، ويقطع به جفن البصير :

القول فى أحكام الكافر

اختلف : هل الكفار مكلفون بفروع الشريعة ؟ على مذاهب . أصحها : نعم :

قال فى البرهان : وهو ظاهر مذهب الشافعى : فعلى هذا يكون مكلفا بفعل الواجب وترك الحرام ، وبالاعتقاد فى المندوب ، والمكروه ، والمباح :

والثانى : لا ، واختاره أبو إسحاق الاسفرائينى :

والثالث : مكلفون بالنواهى ، دون الأوامر :

والرابع : مكلفون ، بما عدا الجهاد . أما الجهاد : فلا ، لامتناع قتالهم أنفسهم :

والخامس : المرتد مكلف ، دون الكافر الأصلى .

وقال النووى فى شرح المهذب : اتفق أصحابنا على أن الكافر الأصلى ، لا يجب عليه الصلاة ، والزكاة ، والصوم ، والحج ، وغيرها من فروع الاسلام ، والصحيح فى كتب الأصول أنه مخاطب بالفروع ، كما هو مخاطب بأصل الايمان :

وليس مخالفا لما تقدم ، لأن المراد هنا غير المراد هناك ، فالمراد هناك ، أنهم لا يطالبون بها فى الدنيا ، مع كفرهم : وإذا أسلم أحدهم لم يلزمه قضاء الماضى ولم يتعرضوا لعقوبة الآخرة :

ومرادهم فى كتب الأصول : أنهم يعذبون عليها فى الآخرة ، زيادة على عذاب الكفر ، فيعذبون عليها ، وعلى الكفر جميعا ، لا على الكفر وحده :

ولم يتعرضوا للمطالبة فى الدنيا ، فذكروا فى الأصول حكم طرف : وفى الفروع حكم الطرف الآخر .

قال : وإذا فعل الكافر الأصلى قربة ، يشترط النية لصحتها ، كالصدقة ، والضيافة والإعتاق ، والقرض ، وصلة الرحم ، وأشباه ذلك فان مات على كفره ، فلا ثواب له عليها فى الآخرة ، لكن يطعم بها فى الدنيا ، ويوسع فى رزقه ، وعيشه . فاذا أسلم ، فالصواب المختار ، أنه يثاب عليها فى الآخرة . للحديث ، الصحيح . أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «إذا أسلم العبد ، فحسن إسلامه كتب الله له كل حسنة كان أزلفها» أى قدمها .

وفى الصحيحين عن حكيم بن حزام : قال قلت « يارسول الله : أرأيت أمورا كنت أتحنث بها فى الجاهلية : من صداقة ، أوعتاقة ، أو صلة رحم ، أفيها أجر ؟ فقال : أسلمت على ماأسلفت من خير » .

فهذان حديثان صحيحان لايمنعهما عقل ، ولم يرد الشرع بخلافهما . فوجب العمل بهما . وقد نقل الاجماع على ماذكرته من إثبات ثوابه إذا أسلم .

وأما قول أصحابنا ، وغيرهم : لاتصح من كافر عبادة ، ولوأسلم لم يعتدبها . فرادهم لايعتد بها فى أحكام الدنيا ، وليس فيه تعرض لثواب الآخرة .

فان أطلق مطلق أنه لايثاب عليها فى الآخرة . وصرح بذلك ؛ فهو مجازف غالط ، مخالف للسنة الصحيحة . التى لامعارض لها .

وقد قال الشافعى ، والأصحاب ، وغيرهم من العلماء : إذا لزم الكافر كفارة ظهار أوقتل ، أوغيرهما ، فكفر فى حال كفره . أجزأه ، وإذا أسلم لاتلزمه إعادتها اهـ كلام شرح المهذب .

قاعدة

تجرى على الذمى أحكام المسلمين

إلا مايستثنى من ذلك .

لايؤمر بالعبادات ولا تصح منه ولا يمنع من المكث فى المسجد جنبا بخلافه حائضا .

وليس له دخوله بلا إذن ويعزر إن فعله ولا يؤذن له لنوم أو أكل ، بل لسماع قرآن أو علم ؛ ولا يصح نذره .

وللإمام استئجاره على الجهاد .

ولا يحد لشرب الخمر ولا تراق عليه ، بل ترد إذا غصبت منه إلا أن يظهر شربها أو بيعها .

ولا يمنع من لبس الحرير والذهب ولا من تعظيم المسلم بحنى الظهر عند الرافعى .

وينكح الأمة بلا شرط .

ولا تلزمه إجابة من دعاه لوليمة

ولو تناكحوا فاسدا أو تبايعو فاسدا أو تقابضوا وأسلموا لم يتعرض لهم

والأمة الكتابية لاتحل لمسلم ولو كان عبدا فى المشهور

ومايجرى عليه فى أحكام المسلمين:

وجوب كفارة القتل والظهار واليمين والصيد فى الحرم وحد الزنا والسرقة

ضابط

الإسلام ، يجب ماقبله فى حقوق الله ، دون ماتعلق به حق آدمى ، كالقصاص وضمان المال :

ويستثنى من الأول صور :

منها : أجنب ثم أسلم ، لايسقط الغسل خلافا للإصطخرى :

ومنها : لو جاوز الميقات مريدا للنسك ، ثم أسلم وأحرم دونه وجب الدم خلافا للمزنى :

ومنها : أسلم وعليه كفارة يمين أو ظهار أو قتل ؛ لم يسقط فى الأصح :

ولو زنا ثم أسلم ، فعن نص الشافعى أن حد الزنا يسقط عنه بالإسلام :

فرع

اختص اليهود والنصارى بالإقرار بالجزية ، وحل المناكحة والذبائح ؛ ودياتهم ثلث دية المسلمين :

ويشاركهم المجوس فى الأول فقط ، ودياتهم ثلثا عشر دية المسلمين :

ومن له أمان من وثنى ونحوه ، له الأخير فقط :

فرع

لاتوارث بين المسلم والكافر ، وكذا العقل وولاية النكاح :

ويرث اليهودى النصرانى ، وعكسه إلا الحربى والذمى وعكسه :

وينبنى على ذلك ، العقل وولاية النكاح :

القول فى أحكام الجان

قل من تعرض لها من أصحابنا :

وقد ألف فيها من الحنفية القاضى بدر الدين الشبلى كتابه « آكام المرجان : فى أحكام الجان » :

قال السبكى فى فتاويه(١) :

وقال ابن عبد البر : الجن عند الجماعة مكلفون مخاطبون ؛

وقال القاضى عبد الجبار : لانعلم خلافا بين أهل النظر فى ذلك ، والقرآن ناطق بذلك فى آيات كثيرة ؛

وهذه فروع :

الأول : هل يجوز للإنسى نكاح الجنية ، قال العماد بن يونس فى شرح الوجيز نعم وفى المسائل التى سأل الشيخ جمال الدين الأسنوى عنها قاضى القضاة شرف الدين البارزى إذا أراد أن يتزوج بامرأة من الجن — عند فرض إمكانه — فهل يجوز ذلك أو يمتنع فان الله تعالى قال (ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا) فامتن البارى تعالى بأن جعل ذلك من جنس مايؤلف .

فان جوزنا ذلك — وهو المذكور فى شرح الوجيز لابن يونس — فهل يجبرها على ملازمة المسكن أولا؟ وهل له منعها من التشكل فى غير صور الآدميين عند القدرة عليه ؛ لأنه قد تحصل النفرة أولا ، وهل يعتمد عليها فيما يتعلق بشروط صحة النكاح من أمر وليها وخلوها عن الموانع أولا ، وهل يجوز قبول ذلك من قاضيهم أولا ، وهل إذا رآها فى صورة غير التى ألفها وادعت أنها هى ، فهل يعتمد عليها و يجوز له وطؤها أولا ، وهل يكلف الإتيان بما يألفونه من قوتهم ، كالعظم وغيره إذا أمكن الاقتيات بغيره أولا ؛

فأجاب : لايجوز له أن يتزوج بامرأة من الجن ، لمفهوم الآيتين الكريمتين ، قوله تعالى فى سورة النحل (والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا) وقوله فى سورة الروم (ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا) .

قال المفسرون فى معنى الآيتين (جعل لكم من أنفسكم) أى من جنسكم ونوعكم وعلى خلقكم ، كما قال تعالى (لقد جاءكم رسول من أنفسكم) أى من الآدميين ، ولأن اللاتى يحل نكاحهن : بنات العمومة وبنات الخؤولة ، فدخل فى ذلك من هى فى نهاية البعد كما هو المفهوم من آية الأحزاب (وبنات عمك وبنات عماتك وبنات خالك وبنات خالاتك) والمحرمات غيرهن ، وهن الأصول والفروع ، وفروع أول الأصول وأول الفروع من باقى الأصول ، كما فى آية التحريم فى النساء ، فهذا كله فى النسب ، وليس بين الآدميين والجن نسب ؛

هذا جواب البارزى ؛

فان قلت : ماعندك من ذلك ؟

قلت : الذى أعتقده التحريم ، لوجوه :

منها : ماتقدم من الآيتين ؛

---

(١) بياض بالأصل.

ومنها : ماروى حرب الكرمانى فى مسائله عن أحمد وإسحاق : قال : حدثنا محمد ابن يحيى القطيعى حدثنا بشر بن عمر حدثنا ابن لهيعة عن يونس بن يزيد عن الزهرى قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن نكاح الجن » :

والحديث وإن كان مرسلا فقد اعتضد بأقوال العلماء :

فروى المنع منه عن الحسن البصرى ، وقتادة ، والحكم بن عيينة : وإسحاق بن راهويه ، وعقبة الأصم :

وقال الجمال السجستانى من الحنفية ، فى كتاب « منية المفتى عن الفتاوى السراجية » لايجوز المناكحة بين الإنس والجن ، وإنسان الماء لاختلاف الجنس :

ومنها : أن النكاح شرع للألفة ، والسكون ، والاستئناس ، والمودة ، وذلك مفقود فى الجن ، بل الموجود فيهم ضد ذلك ، وهو العداوة التى لاتزول :

ومنها : أنه لم يرد الإذن من الشرع فى ذلك ، فإن الله تعالى قال (فانكحوا ماطاب لكم من النساء) والنساء : اسم لإناث بنى آدم خاصة ، فبقى ماعداهن على التحريم : لأن الأصل فى الأبضاع الحرمة حتى يرد دليل على الحل :

ومنها : أنه قد منع من نكاح الحر للأمة ، لما يحصل للولد من الضرر بالارقاق ، ولا شك أن الضرر بكونه من جنية وفيه شائبة من الجن خلقا وخلقا ، وله بهم اتصال ومخالطة أشد من ضرر الإرقاق الذى هو مرجو الزوال بكثير : فاذا منع من نكاح الأمة مع الاتحاد فى الجنس للاختلاف فى النوع ، فلأن يمنع من نكاح ماليس من الجنس من باب أولى :

وهذا تخريج قوى ، لم أر من تنبه له :

ويقويه أيضا أنه نهى عن إنزاء الحمر على الخيل ، وعلة ذلك : اختلاف الجنس وكون المتولد منها يخرج عن جنس الخيل : فيلزم منه قلتها ، وفى حديث النهى « إنما يفعل ذلك الذين لايعلمون » فالمنع من ذلك فيما نحن فيه أولى : وإذا تقرر المنع ، فالمنع من نكاح الجنى الإنسية أولى وأحرى :

لكن روى أبو عثمان سعيد بن العباس الرازى ، فى كتاب : الإلهام والوسوسة ، فقال : حدثنا مقاتل ، حدثنى سعيد بن داود الزبيدى : قال : كتب قوم من أهل اليمن إلى مالك يسألونه عن نكاح الجن ، وقالوا : إن ههنا رجلا من الجن يخطب إلينا جارية يزعم أنه يريد الحلال ، فقال « ماأرى بذلك بأسا فى الدين ولكن أكره إذا وجد امرأة حامل ، قيل لها : من زوجك ؟ . قالت : من الجن . فيكثر الفساد فى الاسلام بذلك » انتهى :

الفرع الثانى : لو وطىء الجنى الانسية ، فهل يجب عليها الغسل ؟ لم يذكر ذلك أصحابنا :

وعن بعض الحنفية والحنابلة : أنه لاغسل عليها ، لعدم تحقق الإيلاج ، والإنزال ، فهو كالمنام بغير إنزال :

قلت : وهو الجارى على قواعدنا :

الثالث : هل تنعقد الجماعة بالجن :

قال صاحب آكام المرجان : نعم : ونقله عن ابن الصيرفى الحنبلى: واستدل بحديث أحمد عن ابن مسعود فى قصة الجن : وفيه « فلما قام رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى أدركه شخصان منهم . فقالا: يارسول الله إنا نحب أن تؤمنا فى صلاتنا : قال : فصففنا خلفه ، ثم صلى بنا ، ثم انصرف » :

وروى سفيان الثورى فى تفسيره عن إسماعيل البجلى عن سعيد بن جبير : قال « قالت الجن للنبى صلى الله عليه وسلم : كيف لنا بمسجدك : أن نشهد الصلاة معك، ونحن ناءون عنك فنزلت (وأن المساجد لله فلا تدعو مع الله أحدا) » :

قلت : ونظير ذلك مافى الحلبيات للسبكى: أن الجماعة تحصل بالملائكة ، كما تحصل بالآدميين .

قال : وبعد أن قلت ذلك بحثا رأيته منقولا .

ففى فتاوى الحناطى من أصحابنا : فيمن صلى فى فضاء من الأرض بأذان وإقامة ، وكان منفردا، ثم حلف أنه صلى بالجماعة : هل يحنث أم لا ؟ :

قال : يكون بارا فى يمينه ، ولا كفارة عليه ، لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال «من أذن وأقام فى فضاء من الأرض ، وصلى وحده ، صلت الملائكة خلفه صفوفا » :

فاذا حلف على هذا المعنى ، لايحنث اه :

قال السبكى : وينبنى على ذلك أن من ترك الجماعة لعذر ، وقلنا بأنها فرض عين هل تقول : يجب القضاء كمن صلى فاقد الطهورين ، فان كان كذلك ، فصلاة الملائكة إن قلنا : بأنها كصلاة الآدميين ، وأنها تصير بها جماعة ، فقد يقال : إنها تكفى لسقوط القضاء :

قلت : وعلى هذا يندب نية الجماعة للمصلى ، أو الإمامة :

الرابع : قال فى آكام المرجان : نقل ابن الصيرفى عن شيخه أبى البقاء العكبرى الحنبلى : أنه سئل عن الجنى ، هل تصح الصلاة خلفه فقال : نعم ، لأنهم مكلفون ، والنبى صلى الله عليه وسلم مرسل إليهم :

الخامس : إذا مر الجنى بين يدى المصلى ، فهل يقطع صلاته ؟ فيه روايتان ، عن أحمد :

قلت . أما مذهبنا : فالصلاة لايقطعها مرور شيء : لكن يقاتل ، كما يقاتل الإنس :

السادس : قال ابن تيمية لايجوز قتل الجنى بغير حق ، كما لايجوز قتل الانسى بغير حق والظلم محرم فى كل حال :

فلا يحل لأحد أن يظلم أحدا ، ولو كان كافرا ، والجن يتصورون فى صور شتى ، فاذا كانت حيات البيوت قد تكون جنيا فيؤذن ثلاثا ، كما فى الحديث : فان ذهبت فبها ؛ وإلا قتلت ، فإنها إن كانت حية أصلية قتلت ، وإن كانت جنية ، فقد أصرت على العدوان بظهورها للإنس فى صورة حية تفزعهم بذلك : والعادى : هو الصائل الذى يجوز دفعه بما يدفع ضرره : ولو كان قتلا اهـ :

وقد روى ابن أبى الدنيا « أن عائشة رأت فى بيتها حية ، فأمرت بقتلها ، فقتلت : فأتيت فى تلك الليلة ، فقيل لها : إنها من النفر الذين استمعوا الوحى من النبى صلى الله عليه وسلم ، فأرسلت إلى اليمن ، فابتيع لها أربعين رأسا ، فأعتقتهم » :

وروى ابن أبى شيبة فى مصنفه ، نحوه : وفيه « فلما أصبحت أمرت باثنى عشر ألف درهم ، ففرقت على المساكين » :

وكيفية الإيذان - كما فى الحديث - « نسألك بعهد نوح ، وسليمان بن داود : أن لاتؤذينا » :

السابع : فى رواية الجن للحديث : أورد فيه صاحب آكام المرجان آثارا ما رووه ، فكأنه رأى بذلك قبول روايتهم .

والذى أقول : إن الكلام فى مقامين : روايتهم عن الانس ، ورواية الانس عنهم .

فأما الأول : فلا شك فى جواز روايتهم عن الانس ما سمعوه منهم ، أو قرىء عليهم وهم يسمعون ، سواء علم الانسى بحضورهم أم لا ، وكذا إذا أجاز الشيخ من حضر أو سمع ، دخلوا فى إجازته ، وإن لم يعلم به ، كما فى نظير ذلك من الانس :

وأما رواية الإنس عنهم : فالظاهر : منعها ، لعدم حصول الثقة بعدالتهم :

وقد ورد فى الحديث « يوشك أن تخرج شياطين كان أوثقها سليمان بن داود ، فيقولون حدثنا وأخبرنا »

وأما الآثار التى أوردها صاحب آكام المرجان ، وهى : ما أخرجه الحافظ أبو نعيم حدثنا الحسن بن إسحاق بن إبراهيم : حدثنا أحمد بن عمرو بن جابر الرملى . حدثنا أحمد ابن محمد بن طريف : حدثنا محمد بن كثير عن الأعمش ، حدثنى وهب بن جابر عن

أبي ابن كعب قال خرج قوم يريدون مكة ، فأضلوا الطريق ، فلما عاينوا الموت، أوكادوا أن يموتوا ، لبسوا أكفانهم ، وتضجعوا للموت ، فخرج عليهم جني يتخلل الشجر :وقال أنا بقية النفر الذين استمعوا على محمد صلى الله عليه وسلم ، سمعته يقول « المؤمن أخو المؤمن ودليله : لايخذله » هذا الماء ، وهذا الطريق ؟

وقال ابن أبي الدنيا : حدثني أبي : حدثنا عبد العزيز القرشي ؟ أخبرنا إسرائيل عن السدى عن مولى عبد الرحمن بن بشر قال « خرج قوم حجاجا في إمرة عثمان ؟ فأصابهم عطش ، فانتهوا إلى ماء ملح ، فقال بعضهم : لوتقدمتم ، فانا نخاف أن يهلكنا هذا الماء فساروا حتى أمسوا ، فلم يصيبوا ماء ، فأدلجوا إلى شجرة سمر ، فخرج عليهم رجل أسود شديد السواد ، جسيم .فقال: يامعشر الركب ، إني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليحب للمسلمين مايحب لنفسه ، ويكره للمسلمين مايكره لنفسه » فسيروا حتى تنتهوا إلى أكمة ، فخذوا عن يسارها ، فان الماء ثم » .

وقال أيضا : حدثني محمد بن الحسين ؟ حدثنايوسف بن الحكم الرقي ؟حدثنا فياض ابن محمد أن عمر بن عبد العزيز بينا هو يسير على بغلة إذاهو بجان ميت على قارعة الطريق فنزل فأمر به ، فعدل عن الطريق ، ثم حفر له : فدفنه وواراه، ثم مضى ،فاذاهو بصوت عال ، يسمعونه ، ولايرون أحدا : ليهنك البشارة من الله ياأمير المؤمنين ، أنا وصاحبي هذا الذي دفنته من الجن الذين قال الله فيهم (وإذ صرفنا إليك نفرا من الجن يستمعون القرآن) فلما أسلمنا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لصاحبي هذا « ستموت في أرض غربة يدفنك فيه يومئذ خير أهل الأرض » ؟

فالجواب عنها : أن رواتها ممن سمع من النبي صلى الله عليه وسلم ، فالظاهر أن لهم حكم الصحابة في عدم البحث عن عدالتهم .

وقد ذكر حفاظ الحديث ، ممن صنف في الصحابة ، مؤمني الجن فيهم ؟

قال الحافظ أبو الفضل العراقي :وقد استشكل ابن الأثير ذكر مؤمني الجن في الصحابة دون من رآه من الملائكة ، وهم أولى بالذكر ؟

قال : وليس كما زعم ، لأن الجن من جملة المكلفين الذين شملتهم الرسالة والبعثة فكان ذكر من عرف اسمه ، ممن رآه حسنا ، بخلاف الملائكة . انتهى ؟

الثامن : لايجوز الاستنجاء بزاد الجن ؟ وهو العظم ، كما ثبت في الحديث ؟

فوائد

الأولى : الجمهور على أنه لم يكن من الجن نبي ، وأما قوله تعالى (يامعشر الجن

والانس ألم يأتكم رسل منكم) ، فتأولوه على أنهم رسل عن الرسل ، سمعوا كلامهم ، فأنذروا قومهم ، لاعن الله .

وذهب الضحاك ، وابن حزم إلى أنه كان منهم أنبياء . واستدل بحديث « وكان النبى يبعث إلى قومه خاصة » .

قال : وليس الجن من قومه ، ولا شك أنهم قد أنذروا ، فصح أنهم جاءهم أنبياء منهم .

الثانية : لاخلاف فى أن كفارة الجن فى النار .

واختلف : هل يدخل مؤمنهم الجنة ، ويثابون على الطاعة ؟ على أقوال ، أحسنها : نعم ، وينسب للجمهور .

ومن أدلته : قوله تعالى (ولمن خاف مقام ربه جنتان فبأى آلاء ربكما تكذبان) إلى آخر السورة ، والخطاب للجن والانس ، فامتن عليهم بجزاء الجنة ووصفها لهم ، وشوقهم إليها ، فدل على أنهم ينالون ماامتّن به عليهم إذا آمنوا .

وقيل : لايدخلونها ، وثوابهم النجاة من النار .

وقيل : يكونون فى الأعراف .

الثالثة : ذهب الحرث المحاسبى إلى أن الجن الذين يدخلون الجنة يكونون يوم القيامة نراهم ولا يرونا ، عكس ماكانوا عليه فى الدنيا .

الرابعة : صرح ابن عبد السلام ، بأن الملائكة فى الجنة لايرون الله تعالى .

قال : لأن الله تعالى (لاتدركه الأبصار) وقد استثنى منه مؤمنو البشر . فبقى على عمومه فى الملائكة .

قال فى آكام المرجان : ومقتضى هذا أن الجن لايرونه ، لأن الآية باقية على العموم فيهم أيضا .

القول فى أحكام المحارم

قال الأصحاب : المحرم من حرم نكاحها على التأبيد ، بنسب أو بسبب مباح ، لحرمتها فخرج بالأول : ولد العمومة ، والخؤولة .

وبقولنا « على التأبيد » أخت الزوجة وعمتها ، وخالتها .

وبقولنا « بسبب مباح » أم الموطوءة بشبهة ، وبنتها ، فانها محرمة النكاح ، وليست محرما ، إذ وطء الشبهة لايوصف بالاباحة .

وبقولنا « لحرمتها » الملاعنة ، فإنها حرمت تغليظا عليه .

والأحكام التى للمحرم مطلقا ، سواء كان من نسب ، أو رضاع ، أو مصاهرة :

تحريم النكاح وجواز النظر ، والخلوة ، والمسافرة ، وعدم نقض الوضوء :

أما تحريم النكاح فلا يشاركه فيه على التأبيد إلا الملائكة ، وسائر المحرمات ، فليست على التأبيد :

فأخت الزوجة ، وعمتها ، وخالتها : تحل بمفارقتها :

والأمة : تحل إذا عتقت ، أو أعسر :

والمجوسية : تحل إذا أسلمت :

والمطلقة ثلاثا : تحل إذا نكحت زوجا غيره :

وأما جواز النظر : فهل يشاركه فيه العبد ؟ وجهان : صحح الرافعي منهما : الجواز ووافقه النووى فى المنهاج :

وقال فى الروضة من زوائده : فيه نظر :

وصحح فى مجموع له على المهذب : التحريم : وبالغ فيه : وعبارته : هذه المسئلة مما تعم بها البلوى : ويكثر الاحتياج إليها : والخلاف فيها مشهور :

والصحيح عند أكثر أصحابنا : أنه محرم لها ، كما نص عليه الشافعى : ونقل عن جماعة تصحيحه :

وقال الشيخ أبو حامد : الصحيح عند أصحابنا أن لايكون محرما لها : لأن الحرمة إنما تثبت بين الشخصين لم تخلق بينهما شهوة ، كالأخ ، والأخت ، وغيرهما :

وأما العبد ، وسيدته : فشخصان خلقت بينهما الشهوة :

قال : وأما الآية ، وهى قوله تعالى (أو ماملكت أيمانهن) : فقال أهل التفسير فيها : المراد بها : الاماء ، دون العبيد :

وأما الخبر : وهو ماروراه أبو داود والبيهقى عن أنس ، وأن النبى صلى الله عليه وسلم أتى فاطمة بعبد ، وقد وهبه لها ، وعلى فاطمة ثوب إذا قنعت به رأسها ، لم يبلغ رجليها ، وإذا غطت به رجليها لم يبلغ رأسها . فلما رأى النبى صلى الله عليه وسلم ماتلقى قال : إنه ليس عليك بأس ، إنما هو أبوك ، وغلامك ، فيحتمل أن يكون الغلام صغيرا :

قال : وهذا الذى صححه الشيخ ابو حامد : هو الصواب ، بل لاينبغى أن يجرى فيه خلاف بل يقطع بتحريمه ، وكيف يفتح هذا الباب للنسوة الفاسقات ؟ مع حسان المماليك ، الذين الغالب من أحوالهم الفسق : بل العدالة فيهم فى غاية القلة ؟ : وكيف يستجيز الانسان الافتاء بأن هذا المملوك يبيت ويقيل مع سيدته ، مكررا ذلك ، مع ماهما عليه من التقصير فى الدين ؟ وكل منصف يقطع بأن أصول الشريعة تستقبح هذا تحرمه أشد تحريم :

ثم القول بأنه محرم : ليس له دليل ظاهر : فان الصواب فى الآية أنها فى الاماء ، والخبر محمول على أنه كان صغيرا : انتهى كلام النووى :

وقد اختار التحريم أيضا : السبكى فى تكملة شرح المهذب : وفى الحلبيات :

وقال : إن تأويل الحديث على أنه كان صغيرا جدا ، لاسيا والغلام فى اللغة إنما يطلق على الصبى : وهى واقعة حال ، ولم يعلم بلوغه ، فلا حجة فيها للجواز . ولم يحصل مع ذلك خلوة ، ولا معرفة ماحصل النظر إليه ، وإنما فيه نفى البأس عن تلك الحالة التى علمت حقيقتها : ولم تجد فاطمة مايحصل به كل الستر الذى قصدته :

وغايته : التعليل باسم الغلام : وهو اسم للصبى ، أو محتمل له ، والاحتمال فى وقائع الأحوال يسقط الاستدلال : انتهى :

واختاره أيضا الأذرعى وغيره من المتأخرين ، وأفتيت به مرات . ولا أعتقد سواه:

وأما الخلوة ، والمسافرة ، فالعبد فيهما مبنى على النظر إن شاركه المحرم فيه شاركه فيهما ، وإلا فلا : ويشاركه الزوج فيهما لامحالة : بل يزيد فى النظر ، ويكتفى فى سفر حج الفرض بنسوة ثقات ؛ على ماسيأتى تحريره ، فى أحكام السفر .

وأما عدم نقض الوضوء ، فلا يشاركه فيه غيره :

ومن أحكام المحرم

جواز إعارة الأمة ، وإجارتها ، ورهنها عنده ، وإقراضها

ومن اطلع إلى دار غيره ، وبها محرم له ، لم يجز رميه :

ويجوز أن يساكن الرجل مطلقته مع محرم له ، أو لها ، ولو عاشرها فى عدة الرجعية كزوج مع وجود محرم : لم يمنع انقضاء العدة :

ويختص المحرم النسيب بأحكام

منها : تغليظ الدية فى قتله خطأ ، فلا تغلظ فى المحرم بالرضاع ، والمصاهرة قطعا ، ولا فى القريب غير المحرم على الصحيح:

ومنها : يكره قتله فى جهاد الكفار ، وقتال البغاة ، وللجلاد :

قال ابن النقيب : وأما غير القريب من المحارم ، فلم أر من ذكر المنع من قتله :

ومنها : غسل الميت ، فيقدم فى المرأة نساء المحارم على نساء الأجانب :

ويجوز لرجال المحارم التغسيل .

ويختص الأصول والفروع من بين سائر المحارم بأحكام :

الأول : عدم الاجتماع فى الملك :

فمن ملك أباه ، أو أمه ، أو أحد أصوله من الأجداد والجدات : من جهة الأب ،

أو الأم ، أو أحد أولاده وأولادهم ، وإن سفلوا : عتق عليه ، سواء ملكه قهرا بالإرث ، أم اختيارا بالشراء ، أو غيره :

الثانى : جواز بيع المسلم منهم للكافر . لأنه يستعقب العتق ، فلا يبقى فى الملك :

وفى وجه : لايصح ، لما فيه من ثبوت الملك :

الثالث : وجوب النفقة عند العجز ، والفطرة :

الرابع : لايقطع أحدهما بسرقة مال الآخر . لشبهة استحقاق النفقة .

الخامس : لايعقل أحدهما عن الآخر ، لأن الأصل والفرع بعض الجانى ، فكما لايحتمل الجانى ، لايحتمل أبعاضه :

السادس : لايحكم ، ولا يشهد أحدهما للآخر :

السابع : يدخلون فى الوصية للأقارب :

الثامن : تحريم موطوءة كل منهما ، ومنكوحته على الآخر :

ويختص الأصول فقط بأحكام :

الأول : لايقتلون بالفرع ، ولا له : سواء الأب ، والأم ، والأجداد والجدات ، وإن علوا من قبل الأب والأم :

وحكى فى الأجداد والجدات قول شاذ ، ولو حكم بالقتل حاكم : نقض حكمه ، بخلاف مالو حكم بقتل الحر بالعبد :

الثانى : لايحدون بقذف الفرع ، ولاله كالقتل :

الثالث : لاتقبل شهادة الفرع عليهم بما يوجب قتلا فى وجه :

الرابع : لاتجوز المسافرة ، إلا بإذنهم ، إلا مايستثنى : وسواء الكافر ، والمسلم والحر ، والرقيق :

الخامس : لايجوز الجهاد إلا باذنهم : بشرط الاسلام . وقيل ، لايشترط إذن الجد ، مع وجود الأب : ولا الجدة ، مع وجود الأم ، والأصح خلافه :

السادس : لايجوز التفريق بينهم بالبيع حتى يميز الفرع ، وفى قول حتى يبلغ ، فان فعل لم يصح البيع ، ومثله الهبة ، والقسمة : وكذا الاقالة ، والرد بالعيب ، كما صححه ابن الرفعة ، والسبكى والأسنوى :

وليس فى الروضة ترجيح فى السفر ، كما نقله ابن الرفعة ، والأسنوى عن فتاوى الغزالى : وأقراه : بخلاف العتق ، والوصية :

وإنما يعتبر الأب والجد للأم ، عند فقد الأم ، فلو فرق بينهما ، وهو مع الأم : جاز : وفى الأجداد والجدات للأب : أوجه :

يجوز بين الأجداد ، لاالجدات :

والمجنون ، كالطفل فى ذلك ؛ قاله فى الكفاية :

السابع : إذا دعاه أحد الأبوين ؛ وهو فى الصلاة ؛ ففيه أوجه ؛ حكاها فى البحر :

أحدها : تجب الاجابة ؛ ولا تبطل الصلاة :

وثانيها : تجب ، ولكن تبطل ؛ وصححه الرويانى :

وثالثها : لا تجب ، وتبطل :

قال السبكى ، فى كتاب بر الوالدين : المختار : القطع بأنه لا يجب إن كانت الصلاة فرضا ، سواء ضاق الوقت أم لا ؛ لأنها تلزم بالشروع ، وإن كانت نفلا . وجبت الاجابة ، إن علم تأذيهما بتركها ؛ ولكن تبطل :

قال القاضى جلال الدين البلقينى : والظاهر : أن الأصول كلهم فى هذا المعنى كالأبوين :

الثامن : للأبوين منع الولد من الإحرام بحج التطوع :

قال الجلال البلقينى : والظاهر : أنه يتعدى للأجداد والجدات أيضا :

التاسع : لهم تأديب الفرع وتعزيره ، وهذا ، وإن فرضه الشيخان فى الأب ؛ فقد قال الجلال البلقينى : يشبه أن تكون الأم - إذا كان الصبى فى حضانتها - كذلك ؛ فقد صرحوا فى الأمر بالصلاة ، والضرب عليها : بأن الأمهات كالآباء فى ذلك :

قلت : وكذا الأجداد والجدات :

العاشر : لهم الرجوع فيما وهبوه للفروع بشرطه :

والمذهب : أن الأب ، والأم ، والأجداد ، والجدات ؛ فى ذلك سواء :

الحادى عشر : تبعية الفرع لهم فى الاسلام إذا كان صغيرا :

الثانى عشر : لا يحتسبون بدين الولد فى وجه ، جزم به فى الحاوى الصغير :

الثالث عشر : يسن أن يهنأ كل من الأصول بالمولود ، واختص الأصول الذكور بوجوب الإعفاف ، سواء الأب والجد له والجد للأم :

واختص الأب والجد للأب بأحكام

منها : ولاية المال ؛ وقيل : تلى الأم أيضا :

وتولى طرفى العقد فى البيع ونحوه :

وولاية الاجبار فى النكاح : للبنت ، والابن :

والصلاة فى الجنازة ، والعفو عن الصداق ، على القديم :

والاحرام عن الطفل والمجنون : وقيل : يجوز للأم أيضا :

وقطع السلعة ، واليد المتآكلة إذا كان الخطر فى الترك أكثر :

واعلم أن الجد فى كل ذلك معتبر بفقد الأب ، وقيل : له الاحرام مع وجوده ؛
واختص الأب بأن فقده شرط فى اليتم ، ولا أثر لوجود الجد ؛
واختص الجد للأب بأنه يتولى طرفى العقد فى تزويج بنت ابنه بابن ابنه الآخر ؛
واختصت الأم بامتناع التفريق كما تقدم ؛

قاعـدة

كل موضع كان للأم فيه مدخل ، فالشقيق مقدم فيه قطعا ، كالارث ، ومهر المثل ؛
وكل موضع لامدخل لها فيه ، فنى تقديمه خلاف: والأصح أيضا : تقديمه : كصلاة الجنازة ، وولاية النكاح ؛

قاعدة أخرى

لايقدم أخ لأم ، وابنه على الجد إلا فى الوصية ، أو الوقف لأقرب الأقارب ؛
ولا أخ شقيق ، أو لأب على الجد إلا فى ذلك ، وفى الولاء ؛

فائدة

قال البلقينى : الجد أبو الأب ينقسم فى تنزيله منزلة الأب ، وعدم تنزيله منزلة الأب إلى أربعة أقسام :

منها : ماهو كالأب ، قطعا ؛

وذلك : فى صلاة الجنازة بولاية النسب ، وولاية المال ، وولاية النكاح بالنسب ، وأنه لايجوز للأب أن يوصى على الأولاد ، مع وجود أبى أبيه ، كما لايجوز أن يوصى عليهم ، مع وجود أبيه ، وفى الاجبار للبكر الصغيرة ، والحضانة ، والاعفاف ، والانفاق وعدم التحمل فى العقل ، والعتق بالملك ، وعدم قبول الشهادة له ، والعفو عن الصداق إن قلنا به ؛

وليس كالأب قطعا فى أنه لايرد الأم إلى ثلث مايبقى فى صـورة : زوج ، وأبوين ، أو زوجة وأبوين ، فلو كان بدل الأب جد أخذت الأم الثلث كاملا ؛
وأن الأب يسقط أم نفسه ، ولا يسقطها الجد ؛

وكالأب على الأصح فى أنه يجمع بين الفرض والتعصيب وأنه يجبر البكر البالغة وأن له الرجوع فى هبته له ، وأنه لايقتل بقتله ؛

وليس كالأب على الأصح فى أنه لايسقط الأخوة والأخوات لأبوين أو لأب ، بل يشاركهم ويقدم أخ المعتق العاصب على جده فى الإرث والتزويج وصلاة الجنازة والوصية

لأقرب الأقارب ويدخل فى الوصية للأقارب ولا يحتاج إلى فقده فى الوصية لليتامى ، ولا فى قسم الفيء والغنيمة .

فائدة

قال فى اللباب : يترتب على النسب اثنا عشر حكما .

توريث المال والولاية وتحريم الوصية ، وتحمل الدية وولاية التزويج ، وولاية غسل الميت والصلاة عليه ، وولاية المال وولاية الحضانة ، وطلب الحد ، وسقوط القصاص وتغليظ الدية .

القول في أحكام الولد

قال الأصحاب : الولد يتبع أباه فى النسب وأمه فى الرق والحرية ، وأشرفهما دينا وأخسهما نجاسة وأخفهما زكاة وأغلظهما فدية .

ويقال أيضا أحكام الولد أقسام :

أحدها : مايعتبر بالأبوين معا .

وذلك فيه فروع :

منها : حل الأكل ، فلابد فيه من كون أبويه مأكولين .

ومنها : مايجزئ فى الأضحية كذلك .

ومنها : مايجزئ فى جزاء الصيد .

ومنها : الزكاة ، فلا تجب فى المتولد بين النعم والظباء .

ومنها : استحقاق سهم الغنيمة ، فلا يسهم للبغل المتولد بين الفرس والحمار .

ومنها : المناكحة والذبيحة ؛ وفيهما قولان والأظهر الاعتبار بهما . والثانى : الاعتبار بالأب .

الثانى : يعتبر بالأب خاصة .

وذلك : النسب وتوابعه من استحقاق سهم ذوى القربى والكفارة ومهر المثل والولاء فانه يكون لموالى الأب .

وقدر الجزية : إذا كان لأبيه جزية ، وأمه من قوم لهم جزية أخرى ، فالمعتبر : جزية أبيه .

الثالث : ما يعتبر بالأم خاصة وذلك : الحرية والرق .

ويستثنى من الرق صور :

منها : إذا كانت مملوكة للواطىء أو لإبنه فان الولد ينعقد حرا ؛

ومنها : أن يظنها حرة ، إما بأن يغتر بحريتها فى تزويجها أو يطأها بشبهة ظانا أنها أمته أو زوجته الحرة ؛ ولوكان الواطئ رقيقا ، وحينئذ فهذا حر تولد بين رقيقين ؛

ومنها : إذ نكح مسلم حربية ثم غلب المسلمون على ديارهم واسترقت بالأسر بعد احملت منه ، فان ولدها لايتبعها فى الرق لأنه مسلم فى الحكم ؛

الرابع : ما يعتبر بأحدهما غير معين ؛

وذلك فى الدين وضرب الجزية والنجاسة وتحريم الأكل ، والأكثر فى قدر الغرة تغليبا لجانب التغليظ فى الضمان والتحريم ، وفى وجه أن الجنين يعتبر بالأقل ، وفى آخر بالأب .

وأما فى الدية فقال المتولى : إنه كالمناكحة والذبح ، ومقتضاه اعتبار الأخس وجزم فى الانتصار باعتبار الأغلظ ، كما يجب الجزاء فى المتولد من مأكول وغيره ، ونقله فى الحاوى عن النص .

وقد قلت قديما :

يتبع الابن فى انتساب أباه	ولأم فى الرق والحريه
والزكاة الأخف والدين الاعلى	والذى اشتد فى جزاء وديه
ولأخس الأصلين رجسا وذبحا	ونكاحا والأكل والأضحيه

مايتعدى حكمه إلى الولد الحادث، ومالا يتعدى

فيه فروع :

الأول : إذا أتت المستولدة بولد من نكاح أو زنا ، تعدى حكمها إليه قطعا فيعتق بموت السيد ؛

الثانى : نذر أضحية ، فأتت بعد ذلك بولد فحكمه مثلها قطعا .

الثالث : ولد المغصوبة مضمون مثلها قطعا ؛

الرابع : عين شاة عما فى ذمته بالنذر فأتت بولد ، تبعها فى الأصح كولد المعينة ابتداء وفى وجه : لا ، وفى وجه آخر : إن ذبحت لزم ذبحه معها ، وإن ماتت فلا .

الخامس : ولد المشتراة قبل القبض للمشترى على الصحيح ، وهو فى يد البائع أمانة ؛ فلو مات دون الأم ، فلا خيار للمشترى لأن العقد لم يرد عليه ؛

السادس ، ولد الأمة المنذور عتقها إذا حدث بعد النذر ، فيه طريقان الأصح القطع بالتبعية ، والثانى فيه الخلاف فى المدبرة .

السابع : ولد المدبرة من نكاح أو زنا ، فيه قولان : أظهرهما يسرى حكمها إليه حتى

لو ماتت قبل السيد أو فرق بينهما حيث يجوز ، أو رجع عنه إن جوزناه ، لم يبطل فيه ؛ أو لم يف الثلث إلا بأحدهما ، أقرع فى الأصح ؛

والثانى : يوزع العتق عليهما ، لئلا تخرج القرعة على الولد فيعتق ويرق الأصل ؛

الثامن : ولد المكاتبة الحادث بعد الكتابة من أجنبى ، فيه القولان ، والأظهر التبعية فيعتق بعتقها مادامت الكتابة باقية ، ثم حق الملك فيه للسيد كولد المستولدة ، وقيل : للأم ، لأنه مكاتب عليها ؛

التاسع : ولد المعلق عتقها بصفة ، هل يتبعها ؟ فيه القولان ، فى المدبرة ؛

لكن المنع هنا : أظهر ، وصححه النووى .

والفرق : أن التدبير يشابه الاستيلاد فى العتق بالموت ؛

العاشر : إذا قال لأمته : أنت حرة بعد موتى بسنة ، فأتت بولد قبل موت السيد ، ففيه القولان فى المدبرة ، أو بعده فطريقان :

أحدهما : القطع بالتبعية ، لأن سبب العتق تأكد ؛

والثانى : أنه على القولين .

الحادى عشر : ولد الموصى بها ، فيه طريقان أصحهما القطع بعدم التبعية .

الثانى عشر : ولد العارية ، والمأخوذة بالسوم ، فيه وجهان أصحهما ، أنه غير مضمون ؛

الثالث عشر : ولد الوديعة الحادث فى يد المودع ، فيه وجهان :

أحدهما : أنه وديعة كالأم .

والثانى : أمانة ، كالثوب تلقيه الريح ، يجب رده فى الحال حتى لو لم يرده كان ضامنا له ؛

الرابع عشر : ولد الموقوفة يملكه الموقوف عليه كالدور والثمر ونحوها : سواء البهيمة والجارية على الأصح ، وقيل إنه وقف تبعا لأمه كالأضحية ؛

الخامس عشر : ولد المرهونة الحادث بعد الرهن ، ليس برهن فى الأظهر فان انفصل قبل البيع لم يتبعها اتفاقا .

فائدة

قال ابن الوكيل قد يظن أن الولد لايلحق إلا بستة أشهر وهو خطأ ، فإن الولد يلحق لدون ذلك فيما إذا جنى على حامل ، فألقت جنينا لدون ستة أشهر فإنه يلحق أبويه وتكون العبرة بهما وكذا لو أجهضته بغير جناية ، كان مؤنة تجهيزه وتكفينه على أبيه ؛

وإنما يتقيد بالستة الأشهر ، الولد الكامل دون الناقص .

تنبيه

اختلف كلام الاصحاب فى مسائل الحمل ، هل يعتبر فيه الانفصال التام أو لا .

فاعتبروا الإنفصال التام فى انقضاء العدة ووقوع الطلاق المعلق بالولادة والإرث ، واستحقاق الوصية ، والدية .

فلو خرج نصفه فضربها ضارب ثم انفصل ميتا ، فالواجب الغرة دون الدية .

فلو كانت الصورة بحالها وصاح ، فحز رجل رقبته ، ففيه القصاص أو الدية على الأصح .

ولا يعتبر فى وجوب الغرة أيضا : الانفصال التام على الأصح .

القول فى أحكام تغييب الحشفة

يترتب عليها مائة وخمسون حكما

وجوب الغسل والوضوء ، وتحريم الصلاة والسجود والخطبة ، والطواف وقراءة القرآن ، وحمل المصحف ومسه ، وكتابته على وجه والمكث فى المسجد وكراهة الأكل والشرب والنوم والجماع ، حتى يغسل فرجه ويتوضأ ، ووجوب نزع الخف والكفارة وجوبا أو ندبا فى أول الحيض بدينار وآخره بنصفه وفساد الصوم ووجوب قضائه ، والتعزير والكفارة ، وعدم انعقاده إذا طلع الفجر حينئذ وقطع التتابع المشروط فيه ، وفى الاعتكاف ، وفساد الاعتكاف ، والحج ، والعمرة ، ووجوب المضى فى فاسدها ، وقضائهما والبدنة فيهما ، والشاة بتكرره أو وقوعه بعد التحلل الأول ، أو بعد فوته ، وحجه بامرأته التى وطئها فى الحج والعمرة والنفقة عليها ذهابا وإيابا ، والتفريق بينهما على قول وعدم انعقادها إذا أحرم حالة الإيلاج ، وقطع خيار البائع والمشترى فى المجلس والشرط أو سقوط الرد إذا فعله بعد ظهور العيب أو قبله وكانت بكرا ، وكونه رجوعا عند الفلس أو فى هبة الفرع أو الوصية فى وجه فى الثلاث ، ووجوب مهر المثل للمكرهة حرة أو مرهونة أو مغصوبة أو مشتراة من الغاصب أو شراء فاسدا أو مكاتبة وللموطوءة بشبهة أو فى نكاح فاسد أو عدة التخلف أو الرجعة ، ولحوق الولد بالسيد وسقوط الاختيار والولاية ، فلا يتزوج حتى يبلغ ، ويحرم التعريض بالخطبة لمن طلقت بعده ، لآبائنا وبيع العبد فيه ، إذا نكح بغير إذن سيده ، أو بإذنه نكاحا فاسدا ، على قول وتحريم الربيبة ، وتحريم الموطوءة إذا كانت بشبهة أو أمة على آبائه وأبنائه ، وأصولها وفروعها عليه ، وتحريم أمته عليه إذا كان الواطئ أصلا ، وحلها للزوج الأول ولسيدها الذى طلقها ثلاثا قبل الملك وتحريم وطء أختها أو عمتها أو خالتها إذا كانت أمة ، وكونه اختيارا ممن أسلم على أكثر من أربع فى قول ، ومنع اختيار الأمة فيما إذا أسلم على حرة وطئها . وأمة فتأخرت وأسلمت

الأمة ومنع نكاح أختها إذا أسلم على مجوسية تخلفت حتى تنقضى العدة وكذا أربع سواها ومنع تنجيز الفرقة فيمن تخلفت عن الإسلام أو أسلمت أو ارتدت أو ارتدا معا أو متعاقبا وزوال العنة وإبطال خيار العتيقة ؛ أو زوجة المعيب أو زوج المعيبة حيث فعل مع العلم وزوال العنت ، وثبوت المسمى ، ووجوب مهر المثل للمفوضة ومنع الفسخ إذا أعسر بالصداق بعده ، ومنع الحبس بعده حتى تقبض الصداق وعدم عفو الولى بعده إن قلنا له العفو ، وسقوط المتعة فى قول ووقوع الطلاق المعلق به ، وثبوت السنة والبدعة فيه وكونه تعيينا للمبهم طلاقها على وجه ، وثبوت الرجعة والفيئة من الإيلاء ووجوب كفارة اليمين حينئذ ومصير كفارة المظاهر قضاء ، ووجوب كفارة الظهار المؤقت فى المدة واللعان وسقوط حصانة الفاعل والمفعول به بشرطه ، ووجوب العدة بأقسامها ، وكون الأمة به فراشا ، ومنع تزويجها قبل الاستبراء ، وتحريم لبن ثاربه ووجوب النفقة والسكنى للمطلقة بعده ، والحد بأنواعه : فى الزنا واللواط وقتل البهيمة فى قول ، ووجوب ثمنها عليه حينئذ ووجوب التعزير إن كان فى ميتة ، أو مشتركة أو موصى بمنفعتها أو محرم مملوكة أو بهيمة أو دبر زوجة بعد أن نهاه الحاكم ، وثبوت الإحصان وعدم قطع نكاح الأسيرة بعده على وجه ، وانتقاض عهد الذمى إن فعله بمسلمة بشرطه ، وإبطال الإمامة العظمى على وجه والعزل عن القضاء والولاية والوصية والأمانة ورد الشهادة ، وحصول التسرى به مع النية على وجه ، ووقوع العتق المعلق بالوطء :

قواعد عشرة

الأولى : قال البغوى فى فتاويه : حكم الذكر الأشل حكم الصحيح إلا أنه لا يثبت النسب ولا الإحصان ولا التحليل ، ولا يوجب مهرا ولا عدة ولا تحريم بالمصاهرة ، ولا يبطل الإحرام :

قال : وهكذا القول فى الذكر المبان :

الثانية : لا فرق فى الايلاج بين أن يكون بخرقة أو لا ، إلا فى نقض الوضوء :

الثالثة : ما ثبت للحشفة من الأحكام ثابت لمقطوعها إن بقى منه قدرها :

ولا يشترط تغييب الباقى فى الأصح ، وإن لم يبق قدرها لم يتعلق به شىء من الأحكام ، إلا فطر الصائمة فى الأصح :

الرابعة : قال فى الروضة : الواطىء فى الدبر كهو فى القبل ، إلا فى سبعة مواضع : التحصين والتحليل والخروج من الفيئة ومن العنة ، ولا يغير إذن البكر على الصحيح وإذا وطئت الكبيرة فى فرجها وقضت وطرها واغتسلت ثم خرج منها المنى ، وجب إعادة الغسل فى الأصح ، وإن كان ذلك فى دبرها لم يعد ولا يحل بحال :

والقبل : يحل فى الزوجة والأمة :

واستدرك عليه صور :

منها : لو وطىء بهيمة فى دبرها لايقتل إن قلنا تقتل فى القبل ؛

ومنها : وطئ أمته فى دبرها فأتت بولد ، لايلحق السيد فى الأصح ، كذا فى الروضة وأصلها فى باب الاستبراء ، وخالفاه فى باب النكاح والطلاق فصححا اللحوق ؛

ومنها : وطئ زوجته فى دبرها فأتت بولد ، فله نفيه باللعان ؛

ومنها : وطئ البائع فى زمن الخيار ، فسخ على الصحيح ، لافى الدبر على الأصح ؛

ومنها : أن المفعول به يجلد مطلقا وإن كان محصنا ؛

ومنها : أن الفاعل يصير به جنبا لامجدثا بخلاف فرج المرأة ؛

ومنها : لا كفارة على المفعول به فى الصوم بلا خلاف ، رجلا كان أو امرأة ، وفى القبل الخلاف المشهور ؛

ومنها : قال البلقينى تخريجا : وطء الأمة فى دبرها عيب يرد به ، ويمنعه من الرد القهرى بالقديم ؛

ومنها : ـ على رأى ضعيف ـ أن الطلاق فى طهر وطئها فى الدبر لايكون بدعيا ؛ وأن المفعول به لاتسقط حصانته ولايوجب العدة ولا المصاهرة ، والأصح فى الأربعة : أنه كالقبل ؛

الخامسة : قال ابن عبدان ، الأحكام الموجبة للوطء فى النكاح الفاسد سبعة :

مهر المثل ولحوق الولد وسقوط الحد ، وتحريم الأصول والفروع وتحريمها عليهم ، وتصير فراشا ، ويملك به اللعان ؛

وفى ملك اليمين سبعة :

تحريمها على أصوله وفروعه ، وتحريم أصولها وفروعها ، ووجوب الاستبراء وتصير فراشا ، وتحريم ضم أختها إليها ؛

السادسة : كل حكم تعلق بالوطء لايعتبر فيه الانزال إلا فى مسئلة واحدة وهى : ما لو حلف لايتسرى ، لايحنث إلا بتحصين الجارية والوطء والانزال ؛

السابعة : قال الأصحاب : لايخلو الوطء فى غير ملك اليمين عن مهر ، أو عقوبة ، إلا فى صور :

الأولى : فى الذمية إذا نكحت فى الشرك على التفويض ، وكانوا يرون سقوط المهر عند المسيس ؛

الثانية : إذا زوج أمته بعبده ؛

الثالثة : إذا وطئ البائع الجارية المبيعة قبل الإقباض ؛

الرابعة : السفيه إذا تزوج رشيدة بغير إذن الولى ووطئ ؛

الخامسة : المريض إذا عتق أمته وتزوجها ووطئ ومات ، وهى ثلث ماله وخيرت فاختارت بقاء النكاح :

السادسة : إذن الراهن للمرتهن فى الوطء ، فوطئ ظانا الحل :

السابعة : وطئت المرتدة والحربية بشبهة :

الثامنة : العبد إذا وطئ سيدته بشبهة :

التاسعة : بحثها الرافعى فيما لو أصدق الحربى امرأته مسلما استرقوه ، وأقبضها : ثم أسلما وانتزع من يدها ، أنه لايجب مهر كما لو أصدقها خمرا وأقبضها ، ثم أسلما :

العاشرة : الموقوف عليه إذا وطىء الموقوفة :

القاعدة الثامنة

قال العلائى : الذى يحرم على الرجل وطء زوجته مع بقاء النكاح ، الحيض والنفاس والصوم الواجب ، والصلاة لضيق وقتها والاعتكاف والإحرام والإيلاء ، والظهار قبل التكفير وعدة وطء الشبهة ، وإذا أفضاها حتى تبرأ وعدم احتمالها الوطء لصغر أومرض أو عبالته ، والطلاق الرجعى والحبس قبل توفية الصداق ، ونوبة غيرها فى القسم :

قلت : ومن غرائب مايلحق بذلك ، ماذكره الشيخ ولى الدين فى نكته أن فى كلام الامام مايقتضى منع الزوج من وطء زوجته التى وجب عليها القصاص وليس بها حمل ظاهر لئلا يحدث منه حمل يمنع من استيفاء ما وجب عليها :

ويقرب من ذلك : من مات ولد زوجته من غيره يكره له الوطء حتى يعلم هل كانت عند موته حاملا ، ليرث منه أم لا؟ :

فائدة

قال الإمام : الجماع مع دواعيه أقسام :

الأول : ما يحرم فيه دون دواعيه : وهو : الحيض ، والنفاس ، والمستبرأة ، والمسبية :

الثانى : ما يحرم فيه ، ولا يحرم دواعيه ، بشرط أن لايحرك الشهوة ، وهو الصوم :

الثالث : ما يحرم فيه ، وفى دواعيه قولان : وهو : الاعتكاف .

الرابع : ما يحرمان فيه ، كالحج ، والعمرة والمستبرأة ، والرجعية :

القاعـدة التاسعة

إذا اختلف الزوجان فى الوطء ، فالقول قول نافيه : عملا بأصل العدم ، إلا فى مسائل :

الأولى : إذا ادعى العنين الإصابة ، فالقول قوله بيمينه سواء كان قبل المدة ، أو بعدها ؛ ولو كان خصيا ، ومقطوع بعض الذكر ، على الصحيح .

الثانية : المولى إذا ادعى الوطء يصدق بيمينه ، لاستدامة النكاح :

الثالثة : إذاقالت : طلقتني بعد الدخول فلي المهر ، وأنكر فالقول قوله للأصل ، وعليها العدة مؤاخذة بقولها ولا نفقة لها ولا سكنى. وله نكاح بنتها وأربع سواها في الحال ؛ فاذا أتت بولد لزمن محتمل ، ولم يلاعن ، ثبت النسب وقوى به جانبها فيرجع إلى تصديقها بيمينها ويطالب الزوج بالنصف الثاني. فان لاعن زال المرجح ، وعدنا إلى تصديقه كما كان .

الرابعة : إذا تزوجها بشرط البكارة فقالت زالت بوطئك : فالقول قولها بيمينها لدفع الفسخ . وقوله : بيمينه ، لدفع كمال المهر حكاه الرافعي عن البغوى وأقره .

الخامسة : إذا ادعت المطلقة ثلاثاً أن الزوج الثاني أصابها قبلت لتحل للمطلق لا لاستقرار المهر : ذكره الرافعي في التحليل ؛

السادسة : إذا قال لطاهرة : أنت طالق للسنة ، ثم قال : لم يقع ، لأني جامعتك فيه فأنكرت ؛ قال اسماعيل البوشنجي : مقتضى المذهب قبول قوله ، لبقاء النكاح ، حكاه عنه الرافعي ؛

وأجاب بمثله القاضي حسين في فتاويه فيما إذا قال إن لم أنفق عليك اليوم فأنت طالق ، ثم ادعى الانفاق ؛ فيقبل ، لعدم الطلاق ، لا لسقوط النفقة ؛

لكن في فتاوى ابن الصلاح : أن الظاهر الوقوع في هذه المسئلة ؛

السابعة : إذا جرت خلوة بثيب ، فانها تصدق على قول : ولكن الأظهر خلافه ؛

الثامنة :— وهي على رأي ضعيف أيضاً — إذا عتقت تحت عبد ، وقلنا : يثبت الخيار إلى الوطء فادعاه وأنكرت ، ففي المصدق وجهان في الشرح ، بلا ترجيح لتعارض الأصلين : بقاء النكاح وعدم الوطء ؛

وقد نظمت الصور الستة التي على المرجح في أبيات ؛ فقلت :

يا طالبا مافيه قولاً مثبت وطء	نقبله ونافيه لا يقول مقالا
من أنكر وطئا حليلها ، وأتته	بابن ولعانا أبى وقال محالا
أو طلق في الطهر سنة ونفاه	إذ قال : بوطء ومن يعن وآلى
أو زوج بكرا بشرطها فأزيلت	قالت : هو منه ، وعند زوجي زالا
أو زوجت البت وادعته بوطء	صارت وإن الزوج قد نفاه حلالا
هذاك جوابي بحسب مبلغ علمي	والله له العلم ذو الجلال تعالى

القاعدة العاشرة

لا يقوم الوطء مقام اللفظ ، إلا مسألة واحدة ؛

وهي : الوطء في زمن الخيار ؛ فانه فسخ من البائع ؛ وإجازة من المشترى ؛

وأما وطء الموصى بها ، فإن اتصل به إحبال فرجوع ، وإلا فلا في الأصح ، فان عزل : فلا ، قطعا ؛

القول فى العقود

قال الدارمى فى جامع الجوامع ،ومن خطه نقلت : إذا كان المبيع غير الذهب والفضة بواحد منهما . فالنقد ثمن ، وغيره مثمن ؛ ويسمى هذا العقد بيعا .

وإذا كان غير نقد سمى هذا العقد معاوضة ، ومقايضة ، ومناقلة . ومبادلة .

وإن كان نقدا سمى صرفا ، ومصارفة .

وإن كان الثمن مؤخرا ، سمى نسيئة ؛

وإن كان المثمن مؤخرا سمى سلما ؛ أو سلفا .

وإن كان المبيع منفعة : سمى إجارة ؛

أو رقبة العبد له ، سمى كتابة .

أو بضعا ، سمى صداقا ، أو خلعا انتهى ؛

قلت : ويزاد عليه : إن كان كل منهما دينا ، سمى حوالة ؛

أو المبيع دينا ، والثمن عينا ممن هو عليه ، سمى استبدالا ؛

وإن كان بمثل الثمن الأول لغير البائع الأول سمى تولية ؛

أو بزيادة ، سمى مرابحة ، أو نقص : سمى محاطة .

أو إدخالا فى بعض المبيع ، سمى إشراكا .

أو بمثل الثمن الأول للبائع الأول ، سمى إقالة ؛

تقسيم ثان

العقود الواقعة بين اثنين ، على أقسام :

الأول : لازم من الطرفين قطعا. كالبيع ، والصرف ، والسلم ، والتولية ، والتشريك وصلح المعاوضة ، والحوالة ، والإجارة ، والمساقاة ، والهبة للأجنبى بعد القبض ، والصداق وعوض الخلع ؛

الثانى : جائز من الطرفين قطعا ، كالشركة ، والوكالة ، والقراض ، والوصية ، والعارية والوديعة ، والقرض ، والجعالة قبل الفراغ ، والقضاء ، والوصايا ، وسائر الولايات ، غير الإمامة .

الثالث : مافيه خلاف : والأصح أنه لازم منهما : وهو : المسابقة ، والمناضلة ، بناء على أنها كالاجارة ، ومقابله يقول : إنها كالجعالة ، والنكاح لازم من المرأة قطعا ومن الزوج على الأصح ، كالبيع ، وقيل : جائز منه لقدرته على الطلاق ؛

الرابع : ماهو جائز ، ويئول إلى اللزوم ، وهو الهبة ، والرهن قبل القبض ، والوصية قبل الموت ؛

الخامس : ماهو لازم من الموجب ، جائز من القابل: كالرهن ، والكتابة ، والضمان والكفالة ، وعقد الأمان ، والإمامة العظمى :

السادس : عكسه ، كالهبة للأولاد ؛

تنبيه

صرح العلائى ، فى قواعده ، بأن من الجائز من الجانبين ؛ ولاية القضاء ، والتولية على الأوقاف ، وغير ذلك من جهة الحكام :

هذه عبارته .

فأما القضاء : فواضح ، فلكل من المولى والمولى: العزل ؛

وأما الولاية على الأيتام ، فظاهر ماذكره : أن الحاكم إذا نصب قيما على يتيم فله عزله وكذا لمن يلى بعده من الحكام : وهو ظاهر ، فانه نائب الحاكم فى أمر خاص ، وللحاكم عزل نائبه ، وإن لم يفسق ؛

وقد كنت أجبت بذلك مرة فى أيام شيخنا ، قاضى القضاة ، شيخ الاسلام شرف الدين المناوى: فاستفتى ، فأفتى بخلافه ؛ وأنه ليس للحاكم عزله ، ولم يتضح لى ذلك إلى الآن ، وكأنه رأى واقعة الحال تقتضى ذلك . فإن الحاكم الذى أراد عزل القيم ، إنما كان غرضه أخذ مال اليتيم منه يستعين به فيما غرمه على الولاية لجهة السلطنة ؛

ولا ينافى هذا مافى الروضة كأصلها ، من أن المذهب الذى قطع به الأصحاب ، أن القوام على الأيتام والأوقاف لاينعزلون بموت القاضى وانعزاله ، لئلا تتعطل أبواب المصالح وهم كالمتولى من جهة الواقف : لأن هذا فى الانعزال ، بلا عزل ؛

وأما التولية على الأوقاف ، فقد ذكر الأصحاب أن للواقف (على الصحيح) عزل من ولاه النظر ، أو التدريس ، ونصب غيره :

قال الرافعى : ويشبه أن تكون المسئلة مفروضة فى التولية بعد تمام الوقف ، دون ما إذا أوقف بشرط التولية لفلان ، لأن فى فتاوى البغوى أنه لو وقف مدرسة ، ثم قال لعالم فوضت إليك تدريسها ، أو اذهب ودرس فيها ، كان له تبديله بغيره ؛

ولو وقف بشرط أن يكون هو مدرسها ، أو قال حال الوقف ، فوضت تدريسها إلى فلان فهو لازم لا يجوز تبديله كما لو وقف على أولاده الفقراء لايجوز التبديل بالأغنياء ؛

قال الرافعى : وهذا حسن فى صيغة الشرط ، وغير متضح فى قوله : وقفتها ، وفوضت التدريس إليه :

زاد النووى فى الروضة : هذا الذى استحسنه الرافعى : هو الأصح أو الصحيح ؛

ويتعين أن يكون صورة المسئلة : كما ذكروا ، ومن أطلقها ، فكلامه محمول على هذا التأويل :

وفى فتاوى ابن الصلاح: ليس للواقف تبديل من شرط له النظر حال إنشاء الوقف إن رأى المصلحة فى تبديله :

ولو عزل الناظر المعين حال إنشاء الوقف نفسه ، فليس للواقف نصب غيره ، فانه لانظر له بعد أن جعل النظر فى حال الوقف لغيره ، بل ينصب الحاكم ناظرا انتهى :

واختار السبكى فى هذه الصورة « أعنى إذا عزل الناظر المعين نفسه » أنه لاينعزل ، وضم إلى ذلك المدرس الذى شرط تدريسه فى الوقف ، أنه لاينعزل بعزل نفسه : وألف فى ذلك مؤلفا ، فعلى هذا يكون لازما من الجانبين ، فيضم إلى القسم الأول.

وقيل : إن منشأ الخلاف فيه أنه تردد بين أصلين :

أحدهما : الوكالة ، لأنه تفويض ، فينعزل :

والثانى : ولاية النكاح ، لأنه شرط فى الأصل ، فلا ينعزل .

وفى الروضة وأصلها ، عن فتاوى البغوى ، وأقره : أن القيم الذى نصبه الواقف لايبدل بعد موته ، تنزيلا له منزلة الوصى ، فيكون هذا من القسم الرابع :

وكأن هذا الفرع مستند ماأفتى به شيخنا فيما تقدم ، لكن الفرق واضح ، لأن الحاكم ليس له عزل الأوصياء بلا سبب ، بخلاف القوام ، لأنهم نوابه :

وفى الروضة قبيل الغنيمة ، عن الماوردى ، وأقره : أنه إذا أراد ولى الأمر إسقاط بعض الأجناد المثبتين فى الديوان بسبب جاز ، أو بغير سبب ، فلا يجوز :

قال المتأخرون : فيقيد بهذا ماأطلقناه فى الوقف : من جواز عزل الناظر والمدرس فلا يجوز إلا بسبب :

نعم أفتى جمع من المتأخرين : منهم العز الفاروثى ، والصدر بن الوكيل ، والبرهان ابن الفركاح ، والبلقينى : بأنه حيث جعلنا للناظر العزل ، لم يلزمه بيان مستنده :

ووافقهم الشيخ شهاب الدين المقدسى ، لكن قيده بما إذا كان الناظر موثوقا بعلمه ودينه :

وقال فى التوشيح : لاحاصل لهذا القيد ، فانه إن لم يكن كذلك لم يكن ناظرا ، وإن أراد علما ودينا زائدين على مايحتاج إليه الناظر فلا يصح :

ثم قال : فى أصل الفتيا نظر ، من جهة أن الناظر ليس كالقاضى العام الولاية ، فلم لايطالب بالمستند .

وقد صرح شريح فى أدب القضاء : بأن متولى الوقف إذا ادعى صرفه على المستحقين

وهم معينون وأنكروا ، فالقول قولهم : ولهم المطالبة بالحساب .

وقال الشيخ ولى الدين العراقى فى نكته : الحق تقييد المقدسى وله حاصل ، فليس كل ناظر يقبل قوله فى عزل المستحقين من وظائفهم ، من غير إبداء مستند فى ذلك إذا نازعه المستحق ، فان عدالته ليست قطعية ، فيجوز أن يقع له الخلل ، وعلمه قد يحتمل أيضا بظن ماليس بقادح قادحا ، بخلاف من تمكن فى العلم والدين وكان فيه قدر زائد على مايكفى فى مطلق النظار : من تمييز بين مايقدح ومالايقدح ، ومن ورع وتقوى يحولان بينه وبين متابعة الهوى .

وقد قال البلقينى فى حاشية الروضة ، مع فتوه بما تقدم : إن عزل الناظر للمدرس وغيره تهورا من غير طريق تسوغ : لاينفذ . ويكون قادحا فى نظره .

فيحمل كل من جوابيه على حالة انتهى :

هذا حكم ولايات الوقف :

وأما أصل الوقف ، فانه لازم من الواقف ، ومن الموقوف عليه أيضا ، إذا قبل : حيث شرطنا القبول ، فلو رد بعد القبول . لم يسقط حقه ، ولم يبطل الوقف .

وفى الأشباه والنظائر لابن السبكى : كثيرا مايقع أن شخصا يقر بأنه لاحق له فى هذا الوقف ، أو أن زيدا هو المستحق دونه ، ويخرج شرط الواقف مكذبا للمقر ، مقتضيا لاستحقاقه ، فيظن بعض الأغبياء أن المقر يؤاخذ باقراره : فالصواب أنه لايؤاخذ ، سواء علم شرط الواقف ، وكذب فى إقراره ، أم لم يعلم : فان ثبوت هذا الحق له لاينتقل بكذبه .

ضابط

ليس لنا فى العقود اللازمة مايحتاج إلى استقرار للمعقود عليه إلا البيع ، والسلم ، والإجارة والمسابقة ، والصداق ، وعوض الخلع :

تقسيم ثالث

من العقود مالا يفتقر إلى الايجاب ، والقبول لفظا :

ومنها : مايفتقر إلى الإيجاب والقبول لفظا :

ومنها : مايفتقر إلى الايجاب لفظا ، ولا يفتقر إلى القبول لفظا . بل يكفى الفعل :

ومنها : مالا يفتقر إليه أصلا : بل شرطه : عدم الرد :

ومنها : مالا يرتد بالرد :

فهذه خمسة أقسام :

فالأول منه : الهدية ، فالصحيح أنه لايشترط فيها الإيجاب والقبول لفظا ، بل يكفى

البعث من المهدى ، والقبض من المهدى إليه ، وفى وجه : يشترطان ، وفى ثالث : لايشترط فى المأكولات ، ويشترط فى غيرها ، وفى رابع : لايشترط فى الانتفاع ، ويشترطان فى التصرف .

ومنه : الصدقة : قال الرافعى : وهى كالهدية ، بلا فرق .

ومنه : مايخلعه السلطان على العادة .

ومنه : ماقلنا بصحة المعاطاة فيه : من البيع ، والهبة ، والاجارة ، والرهن ، ونحوها على مااختاره فى الروضة ، وشرح المهذب : من الرجوع فيه إلى العرف :

وقيل : يختص بالمحقرات ، كرطل خبز ، ونحوه ، وقيل : بما دون نصاب السرقة .

والثانى : البيع ، والصرف ، والسلم ، والتولية ، والتشريك ، وصلح المعاوضة ، والصلح عن الدم ، على غير جنس الدية ، والرهن ، والاقالة ، والحوالة ، والشركة ، والاجارة ، والمساقاة والهبة ، والنكاح ، والصداق ، وعوض الخلع ، إن بدأ الزوج ، أو الزوجة بصفة معاوضة ، والخطبة . فلو لم يصرح بالاجابة لم تحرم الخطبة عليه ، والكتابة وعقد الإمامة ، والوصاية . وعقد الجزية ، وكذا القرض فى الأصح ، والوصية لمعين ، وكذا الوقف على معين ، فى الأصح : كما ذكره الشيخان فى بابه .

واختار فى الروضة فى السرقة : عدم اشتراطه ، وصححه ابن الصلاح ، والسبكى ، والأسنوى .

وقال فى المهمات : المختار فى الروضة ، ليس فى مقابلة الأكثرين ، بل بمعنى الصحيح والراجح .

وأما ولاية القضاء : فنقل الرافعى عن الماوردى أنه يشترط فيها القبول ، وقال : ينبغى أن تكون كالوكالة .

والثالث : الوكالة ، والقراض ، والوديعة ، والعارية . والجعالة ، ولو عين العامل والخلع إن بدأ بصيغة تعليق ، كمتى أعطيتنى ألفا فأنت طالق . والأمان ، فانه يشترط قبوله ، فى الأصح ، ويكفى فيه إشارة مفهمة .

والرابع : الوقف ، على مااختاره النووى .

والخامس : الضمان ، وكذا الوقف فى وجه ، والابراء ، والصلح عن دم العمد على الدية ، وإجازة الحديث . صرح البلقينى : بأنه لايشترط فيها القبول ، والظاهر أيضا : أنها لاترتد بالرد .

ضابط

اتحاد الموجب ، والقابل ممنوع ، إلا فى صور:

الأولى : الأب والجد فى بيع مال الطفل لنفسه ، وبيع ماله للطفل ، وكذا فى الهبة ، والرهن ؛

الثانية : فى تزويج الجد بنت ابنه بابن ابنه الآخر ، على الأصح ؛

الثالثة : إذا زوج عبده الصغير بأمته ، على قول الاجبار ؛

الرابعة : الامام الأعظم ، إذا تزوج من لاولى لها ، على وجه ، يجرى فى القاضى ، وابن العم والمعتق ؛

الخامسة : إذا وكله ، وأذن له فى البيع من نفسه ، وقدر الثمن ، ونهاه عن الزيادة ، ففى المطلب : ينبغى أن يجوز ، لانتفاء التهمة ؛

فائدة

الإيجاب والقبول ، هل هما أصلان فى العقد ، أو الايجاب أصل ، والقبول فرع ؟ .

قال ابن السبكى : رأيت فى كلام ابن عدلان حكاية خلاف فى ذلك ، وبنى عليه بعضهم : ماإذا قال المشترى : بعنى . فقال البائع : بعتك . هل ينعقد إن قلنا بالأول صح وإلا فلا ، لأن الفرع لايتقدم على أصله ؛

ضابط

ليس لنا عقد يختص بصيغة ، إلا النكاح ، والسلم ؛

ضابط

كل إيجاب افتقر إلى القبول ، فقبوله بعد موت الموجب لايفيد ، إلا فى الوصية ؛

وكل من ثبت له قبول . فات بموته ، إلا الموصى له ، فانه إذا مات قام وارثه فيه مقامه ؛

تقسيم رابع

من العقود مالا يشترط فيها القبض ، لافى صحته ، ولا فى لزومه ، ولا استقراره ؛

ومنها : مايشترط فى صحته ؛

ومنها : مايشترط فى لزومه .

ومنها : مايشترط فى استقراره ؛

فالأول : النكاح ، لايشترط قبض المنكوحة ؛

والحوالة : فلو أفلس المحال عليه ، أو جحد ، فلا رجوع للمحتال ؛ والوكالة ، والوصية ؛

والجعالة ، وكذا الوقف على المشهور ، وقيل : يشترط فى المعين ؛

والثانى : الصرف ، وبيع الربوى ، ورأس مال السلم ، وأجرة إجارة الذمة .

والثالث : الرهن ، والهبة ؛

والرابع : البيع ، والسلم ، والاجارة ، والصداق ، والقرض ؛ يشترط القبض فيه الملك لكنه لايفيد اللزوم : لأن للمقرض الرجوع ، مادام باقيا بحاله .

ضابط

اتحاد القابض ، والمقبض ممنوع ، لأنه إذا كان قابضا . لنفسه احتاط لها، وإذا كان مقبضا ، وجب عليه وفاء الحق من غير زيادة ؛ فلما تخالف الغرضان والطباع لاتنضبط امتنع الجمع ، ولهذا لو وكل الراهن المرتهن فى بيع الرهن لأجل وفاء دينه لم يجز ، لأجل التهمة ، واستعجال البيع ؛

ولو قال لمستحق الحنطة من دينه : اقبض من زيد مالى عليك لنفسك ؛ ففعل ، لم يصح .

ويستثنى صور :

الأولى : الوالد يتولى طرفى القبض فى البيع ، لأن القبض لايزيد على العقد ، وهو يملك الانفراد به ؛

الثانية : وفى النكاح إذا أصدق فى ذمته ، أو فى مال ولد ولده لبنت ابنه ؛

الثالثة : إذا خالعها على طعام فى ذمتها ، بصيغة السلم ، وأذن لها فى صرفه لولده منها فصرفته له ، بلا قبض ، برئت .

الرابعة : مسئلة الظفر ؛ إذا ظفر بغير جنس حقه ، أو بجنسه ، وتعذر استيفاؤه من المستحق عليه طوعا ، فأخذه يكون قبضا منه لحق نفسه ، فهو قابض مقبض ؛

الخامسة : لو أجر دارا ، وأذن له فى صرف الأجرة فى العمارة ، جاز ؛

السادسة : لو وكل الموهوب له الغاصب ، أو المستعير، أو المستأجر : فى قبض ما فى يده من نفسه وقيل صح ، وبرىء الغاصب ، والمستعير إذا مضت مدة يتأتى فيها القبض ، كما نقله الرافعى فى باب الهبة عن الشيخ أبى حامد ، وغيره ؛

ثم قال : وهذا يخالف الأصل المشهور : أن الواحد لايكون قابضا ومقبضا ؛

السابعة : نقل الجورى ، عن الشافعى : أن الساعى يأخذ من نفسه لنفسه ؛

الثامنة : أكل الوصى الفقير مال اليتيم .

قال الشيخ عز الدين : إن جعلناه قرضا ، اتحد المقرض ، والمقترض ، وإن لم نجعله قرضا ، فقد قبض من نفسه لنفسه ؛

التاسعة : لو امتنع المشترى من قبض المبيع ، ناب القاضى عنه ؛ فإن فقد ، ففى

وجه : أن البائع يقبض من نفسه للمشترى ، فيكون قابضا مقبضا : والمشهور خلافه ، وأنه من ضمان البائع ، كما كان :

قال الامام : ولو صح ذلك الوجه لكان من عليه دين حال ، وأحضره إلى مستحقه وامتنع من قبضه ، يقبض من نفسه ، ويصير فى يده أمانة ، وتبرأ ذمته : ولم يقل بذلك أحد :

العاشرة : لو أعطاه ثوبا ، وقال : بع هذا واستوف حقك من ثمنه ، فهو فى يده أمانة : لايضمنه لو تلف وهل يصح أن يقبض من نفسه فيه وجهان .

قلت : وسئلت عن رجل أذن لزوجته : أن تقترض عليه كل يوم مائة درهم ، تنفقها على نفسها . فهل يصح ذلك فأجبت : نعم :

وبلغنى أن بعض من لاعلم عنده ولا تحقيق أنكره ، لأنه يلزم منه : اتحاد القابض والمقبض :

تذنيب

يقرب من قاعدة اتحاد القابض والمقبض : مالو قطع من عليه السرقة نفسه أو جلد الزانى نفسه بإذن الإمام ؛ أو قطع من عليه القصاص نفسه بإذن المستحق ، أووكله فى قتل نفسه ، أو جلده فى القذف :

والأصح : المنع فى صورتى القصاص ، وجلد القذف ، والزنا : والاجزاء فى صورة السرقة لحصول الغرض ، وهو التنكيل بذلك ، بخلاف الجلد . لأنه قد لايؤلم نفسه ، ويوهم الإيلام : فلا يتحقق حصول المقصود .

وبخلاف صورتى القصاص ، قياسا على مسئلة الجلد ، وعلى مسئلة قبض المشترى المبيع من نفسه باذن البائع ، فانه لايعتد به :

تقسيم خامس

قال البلقينى : كل عقد كانت المدة ركنا فيه لايكون إلا مؤقتا : كالاجارة ، والمساقاة والهدنة :

وكل عقد لايكون كذلك ؛ لايكون إلا مطلقا : وقد يعرض له التأقيت حيث لاينافيه كالقراض يذكر فيه مدة ويمنع من الشراء بعدها فقط : وكالاذن المقيد بالزمان ، فى أبوابه وكالوصاية :

ومما لايقبل التأقيت : الجزية فى الأصح :

ومما يقبله : الايلاء ، والظهار ، والنذر ، واليمين ، ونحوها : انتهى :

والحاصل : أن مالا يقبل التأقيت بحال ، ومتى أقت بطل البيع بأنواعه ، والنكاح والوقف قطعا ، والجزية :

ويقبله ، وهو شرط فى صحته : الاجارة ، وكذا المساقاة ، والهدنة على الأصح .

ويقبله ، وليس شرطا فى صحته : الوكالة ، والوصاية :

تقسيم سادس

قال الامام : الوثائق المتعلقة بالأعيان ثلاثة : الرهن ، والكفيل ، والشهادة :

فمن العقود : مايدخله الثلاثة ، كالبيع ، والسلم ، والقرض :

ومنها : مايدخله الشهادة دونهما ، وهو المساقاة ، جزم به الماوردى . ونجوم الكتابة :

ومنها : ماتدخله الشهادة ، والكفالة ، دون الرهن ، وهو الجعالة .

ومنها: مايدخله الكفالة ، دونهما ، وهو ضمان الدرك :

ضابط

ليس لنا عقد يجب فيه الاشهاد من غير تقييد الموكل ، إلا النكاح قطعا ، والرجعة على قول ، وعقد الخلافة ، على وجه ،

وما قيل بوجوب الاشهاد فيه ، من غير العقود : اللقطة على وجه ، واللقيط على الأصح لخوف إرقاقه .

قواعد

الأولى : قال الأصحاب : كل عقد اقتضى صحيحه الضمان ، فكذلك فاسده ، وما لا يقتضى صحيحه الضمان ، فكذلك فاسده .

أما الأول : فلأن الصحيح إذا أوجب الضمان ، فالفاسد أولى :

وأما الثانى : فلأن إثبات اليد عليه باذن المالك ، ولم يلتزم بالعقد ضمانا :

واستثنى من الأول مسائل :

الأولى : إذا قال : قارضتك على أن الربح كله لى ، فالصحيح: أنه قراض فاسد: ومع ذلك لا يستحق العامل أجرة على الصحيح .

الثانية : إذا ساقاه على أن الثمرة كلها له ، فهى كالقراض :

الثالثة : ساقاه على ودى ليغرسه ، ويكون الشجر بينهما ، أو ليغرسه ويتعهده مدة والثمرة بينهما . فسد ، ولا أجر :

وكذا إذا ساقاه على ودى مغروس وقدر مدة ، لا يثمر فيها فى العادة :

الرابعة : إذا فسد عقد الذمة من غير الامام ، لم يصح على الصحيح . ولا جزية فيه على الذمى ، على الأصح .

الخامسة : إذا استؤجر المسلم للجهاد ، لم يصح ، ولا شيء .

السادسة : إذا استأجر أبو الطفل أمه لإرضاعه ، وقلنا : لا يجوز ، فلا تستحق أجرة المثل ، في الأصح .

السابعة : قال الإمام لمسلم : إن دللتني على القلعة الفلانية ، فلك منها جارية ، ولم يعين الجارية ، فالصحيح : الصحة ، كما لو جرى من كافر . فان قلنا : لا يصح ، لم يستحق أجرة .

الثامنة : المسابقة إذا صحت ، فالعمل فيها مضمون ، وإذا فسدت لا يضمن في وجه .

التاسعة : النكاح الصحيح يوجب المهر ، بخلاف الفاسد .

ويستثنى من الثاني مسائل :

الأولى : الشركة ، فإنها إذا صحت لا يكون عمل كل منهما في مال صاحبه مضمونا عليه .

وإذا فسدت يكون مضمونا بأجرة المثل .

الثانية : إذا صدر الرهن ، والإجارة من الغاصب ، فتلفت العين في يد المرتهن ، أو المستأجر فللمالك تضمينه على الصحيح ، وإن كان القرار على الغاصب ، مع أنه لا ضمان في صحيح الرهن والإجارة .

الثالثة : لا ضمان في صحيح الهبة ، وفي المقبوض بالهبة الفاسدة وجه : أنه يضمن ، كالبيع الفاسد .

الرابعة : ما صدر من السفيه والصبي مما لا يقتضي صحيحه الضمان ، فانه يكون مضمونا على قابضه منه ، مع فساده .

تنبيه

المراد من القاعدة الأولى : استواء الصحيح والفاسد في أصل الضمان ، لا في الضامن ولا في المقدار ، فانهما لا يستويان .

أما الضامن : فلأن الولي إذا استأجر على عمل للصبي إجارة فاسدة ، تكون الأجرة على الولي ، لا في مال الصبي ، كما صرح به البغوي في فتاويه ، بخلاف الصحيحة .

وأما المقدار : فلأن صحيح البيع : مضمون بالثمن ، وفاسده بالقيمة ، أو المثل . وصحيح القرض : مضمون بالمثل مطلقا ، وفاسده بالمثل ، أو القيمة . وصحيح المساقاة والقراض ، والإجارة ، والمسابقة ، والجعالة : مضمون بالمسمى ، وفاسدها بأجرة المثل . والوطء في النكاح الصحيح : مضمون بالمسمى ، وفي الفاسد : بمهر المثل .

ضابط

كل عقد بمسمى فاسد ، يسقط المسمى ، إلا فى مسألة ؛

وهى : ما إذا عقد الإمام مع أهل الذمة السكنى بالحجاز على مال فهى اجارة فاسدة فلو سكنوا أو مضت المدة ؛ وجب المسمى ، لتعذر إيجاب عوض المثل ، فان منفعة دار الإسلام سنة لا يمكن أن تقابل بأجرة مثلها ؛

تذنيب

لا يلحق فاسد العبادات بصحيحها ، ولا يمضى فيه ، إلا الحج والعمرة ؛

القاعدة الثانية

كل تصرفٌ تقاعد عن تحصيل مقصوده ، فهو باطل

فلذلك لم يصح بيع الحر ، وأم الولد ، ولا نكاح المحرم ، ولا المحرم ، ولا الإجارة على عمل محرم ، وأشباه ذلك ؛

واختلف فى شرط نفى خيار المجلس فى البيع ؛ فمن أبطل العقد ، أو الشرط نظر إلى أن مقصود العقد : إثبات الخيار فيه للتروى : فاشتراط نفيه يخل بمقصوده ؛

ومن صححه نظرا إلى أن لزوم العقد : هو المقصود ، والخيار دخيل فيه ؛

الثالثة

فى وقف العقود

قال الرافعى : أصل وقف العقود ثلاث مسائل :

إحداها : بيع الفضولى ، وفيه قولان أصحهما وهو المنصوص فى الجديد : أنه باطل ؛

والثانى : أنه موقوف ، إن أجازه المالك ، أو المشترى له ، نفذ ، وإلا بطل ؛

ويجريان فى سائر التصرفات . كتزويج موليته ، وطلاق زوجته ، وعتق عبده وهبته ، وإجارة داره ، وغير ذلك ؛

الثانية : إذا غصب أموالا ، ثم باعها وتصرف فى أثمانها مرة بعد أخرى ، وفيه قولان ؛ أصحهما : بطلان الكل ؛

والثانى . أن للمالك أن يجيزها ، ويأخذ الحاصل منها ؛

الثالثة : إذا باع مال أبيه ، على ظن أنه حى وأن البائع فضولى ؛ فكان ميتا حالة العقد ؛ وفيه قولان . أصحهما : صحة البيع لمصادفته ملكه ؛

والثانى : المنع ، لأنه لم يقصد قطع الملك .

وقد تحرر من إضافتهم قول الوقف إلى هذه المسائل الثلاث : أن الوقف نوعان :
وقف تبين ، ووقف انعقاد :

ففي الثالثة : العقد فى نفسه صحيح ، أو باطل . ونحن لا نعلم ذلك ، ثم تبين فى ثانى الحال :

وفى الأولين : الصحة أو نفوذ الملك ، موقوف على الإجازة ، على القول بذلك ؛ فتكون الإجازة مع الإيجاب ، والقبول : ثلاثتها : أركان العقد : وهو فى مسألة الغصب أقوى منه فى بيع الفضولى ، لما فيها من عسر تتبع العقود الكثيرة بالنقض :

ثم هنا مراتب أخر : قيل بالوقف فيها أيضا :

منها : تصرف الراهن فى المرهون بما يزيل الملك : كبيع ، وهبة : أو بما يقلل الرغبة كالتزويج بغير إذن المرتهن : والمشهور : بطلان ذلك :

وعلى وقف العقود تكون موقوفة ، إن أجاز المرتهن ، أو فك الرهن : تبين نفوذها وإلا فلا ، وهى به أولى من بيع الفضولى ، لوجود الملك المقتضى لصحة التصرف فى الجملة :

ومنها : تصرف المفلس فى شىء من أعيان ماله المحجور عليه فيه بغير إذن الغرماء : والأصح البطلان :

والثانى : أنه موقوف ، فإن فضل ذلك عن الدين ، بارتفاع سعر أو إبراء ، بان نفوذه من حين التصرف ، وإلا بان بطلانه ؛ هكذا عبر كثيرون :

وظاهره : أن الوقف وقف تبين ، ومال الرافعى إلى أنه وقف انعقاد :

ومنها : تصرف المريض بالمحاباة فيما زاد على الثلث : وفيه قولان : أحدهما : بطلانه والأصح : وقفه ، فان أجازها الوارث صحت ، وإلا بطلت :

وهذه أولى بالصحة من تصرفات المفلس ، لأن ضيق الثلث أمر مستقبل : والمانع من تصرف المفلس والراهن قائم حالة التصرف :

القاعدة الرابعة

الباطل ، والفاسد عندنا مترادفان

إلا فى الكتابة : والخلع : والعارية : والوكالة : والشركة : والقراض :

وفى العبادات : فى الحج ، فإنه يبطل بالردة ، ويفسد بالجماع ولا يبطل :

قال الإمام فى الخلع : كل ما أوجب البينونة وأثبت المسمى ، فهو الخلع الصحيح : وكل ما أسقط الطلاق بالكلية ، أو أسقط البينونة ، فهو الخلع الباطل ، وكل ما أوجب البينونة من حيث كونه خلعا ، وأفسد المسمى ، فهو الخلع الفاسد :

وفى الكتابة الصحيحة : ما أوقعت العتق ، وأوجبت المسمى : بأن انتظمت بأركانها وشروطها :

والباطلة : ما لا توجب عتقا بالكلية ، بأن اختل بعض أركانها ؛

والفاسدة : ما أوقعت العتق ، وتوجب عوضا فى الجملة ، بأن وجدت أركانها ممن تصح عبارته ووقع الخلل فى العوض ، أو اقترن بها شرط مفسد ؛

تذنيب

نظير هذه القاعدة : الواجب ، والفرض عندنا مترادفان . إلا فى الحج ؛

فإن الواجب يجبر بدم : ولا يتوقف التحلل عليه ، والفرض بخلافه :

ضابط

قال الرويانى ، فى الفروق : والتصرفات بالشراء الفاسد كلها كتصرفات الغاصب ؛ إلا فى وجوب الحد عليه وانعقاد الولد حرا ، وكونها أم ولد ، على قول ؛

القاعدة الخامسة

تعاطى العقود الفاسدة حرام

كما يؤخذ من كلام الأصحاب فى عدة مواضع .

قال الأسنوى : وخرج عن ذلك صورة :

وهى : المضطر إذا لم يجد الطعام ، إلا بزيادة على ثمن المثل ؛ فقد قال الأصحاب : ينبغى أن يحتال فى أخذ الطعام من صاحبه ببيع فاسد ، ليكون الواجب عليه القيمة ؛

كذا نقله الرافعى ؛

القول فى الفسوخ

قال ابن السبكى : الفسخ : حل ارتباط العقد ؛

فسوخ البيع

قال فى الروضة : قال أصحابنا : إذا انعقد البيع ، لم يتطرق إليه فسخ ؛ إلا بأحد سبعة أسباب :

خيار المجلس : والشرط ، والعيب ، وخلف المشروط ، والإقالة ، والتخالف وهلاك المبيع قبل القبض ؛

وزيد عليه أمور :

خيار تلقى الركبان ؛ وتفريق الصفقة ، دواما وابتداء : وفلس المشترى ؛ وما رآه قبل العقد إذا تغير عن وصفه ، وما لم يره ، على قول ؛ والتغرير الفعلى . من التصرية ونحوها وجهل الدكة تحت الصبرة : وجهل الغصب ، مع القدرة على الانتزاع ؛ وطريان العجز مع العلم به ؛ وجهل كون المبيع مستأجرا ؛ والامتناع من المشروط غير المعتق ؛ ومن العتق

على رأى : وتعذر قبض المبيع لغصب ونحوه وتعذر قبض الثمن ، لغيبة مال المشترى إلى مسافة القصر : وظهور الزيادة فى الثمن فى المرابحة ، وظهور الأحجار المدفونة فى الأرض المبيعة إذا ضر القلع والترك ، أو القلع فقط ، ولم يترك البائع الأحجار : واختلاط الثمرة والمبيع قبل القبض بغيره ، إن لم يسمح البائع ، وتعييب الثمرة ، بترك البائع السقى : والتنازع فى السقى إذا ضر الثمرة ، وضر تركه الشجرة ، وتعذر الفداء ، بعد بيع الجانى والخيار فى الأخير لأجنبى : لا للبائع ، ولا للمشترى :

فهذه نحو ثلاثين سببا وكلها يباشرها العاقد دون الحاكم إلا فسخ التخالف :

ففى وجه : إنما يباشره الحاكم ، والأصح لا يتعين ، بل هو أو أحدهما :

وكلها تحتاج إلى فسخ ، ولا ينفسخ شىء منها بنفسه إلا التخالف فى وجه واختلاط المبيع قبل القبض على قول :

وكلها تحتاج إلى لفظ ، إلا الفسخ فى خيار المجلس والشرط ، فيحصل بوطء البائع وإعتاقه :

وكذا ببيعه وإجارته وتزويجه ورهنه وهبته فى الأصح ، وإلا الفسخ بالفلس فيحصل بهذه الأمور فى رأى :

السلم

يتطرق إليه : الفسخ بالاقالة وانقطاع السلم فيه عند الحلول ووجود المسلم إليه فى مكان غير محل التسليم ولنقله مؤنة :

القرض

يتطرق إليه الفسخ بالرجوع قبل التصرف فيه :

الرهن

يتطرق إليه الفسخ بالاقالة وهو معنى قولهم : وينفك بفسخ المرتهن وبتلف المرهون وبتعليق حق الجناية برقبته ، وباختلاط الثمرة المرهونة :

الحوالة

يتطرق إليها الفسخ فيما لو أحال بثمن مبيع ثبت بطلانه ببينة أو بإقرارهما ، والمحتال :

الضمان

يتطرق إليه الفسخ بإبراء الأصيل الضامن :

الشركة ، والوكالة ، والعارية ، والوديعة ، والقراض

كلها تنفسخ بالعزل من المتعاقدين أو أحدهما ، وبجنون كل منهما وإغمائه ، وتزيد الوكالة ببطلانها بالإنكار ، حيث لا غرض فيه :

الهبة

يتطرق إليها الفسخ بالرجوع فى هبة الأصل للفرع ؛ ولا يحصل بالإقالة :

الإجارة

يتطرق إليها الفسخ بالإقالة وتلف المستأجر المعين : كموت الدابة ، وانهدام الدار ، وغصبه فى أثناء المدة ، واستمر حتى انقضت ، وقيل : بل يثبت الخيار كما لو لم يستمر وموت مؤجر دار أوصى له بها مدة عمره ، أو هى وقف عليه فانتقلت إلى البطن الثانى ، ومضت المدة قبل التسليم ، وشفاء سن وجعة استؤجر لقلعها ويد متأكلة استؤجر لقطعها والعفو عن قصاص استؤجر لاستيفائه ، فيما أطلقه الجمهور .

ويثبت فيها خيار الفسخ بظهور عيب تتفاوت به الأجرة ، قديم أو حادث :

ومنه : انقطاع ماء أرض استؤجرت للزرع والغصب ، والإباق حيث لم يستمر ، وموت المؤجر فى الذمة ، حيث لا وفاء فى التركة ولا فى الوارث ، وهرب الجمال بجماله ، حيث يتعذر الاكتراء عليه :

تنبيه

أجر الولى الطفل مدة لا يبلغ فيها بالسن ، فبلغ باحتلام لم تنفسخ الاجارة على الأصح وعلى هذا لا خيار له على الأصح ، كالصغيرة إذا زوجت فبلغت .

ويجرى ذلك فيما لو أجر المجنون فأفاق ، أو العبد ثم أعتقه ، أو استأجر المسلم دارا من حربى فى دار الحرب ، ثم غنمها المسلمون أو استأجر حربيا فاسترق .

النكاح

فرقته أنواع

فرقة طلاق وخلع وإيلاء ، وإعسار بمهر وإعسار بنفقة ، وفرقة الحكمين وفرقة عنة وفرقة غرور ، وفرقة عيب وفرقة عتق تحت رقيق وفرقة رضاع : وفرقة طروء محرمية ، وفرقة سبى أحد الزوجين وفرقة إسلام وفرقة ردة ، وفرقة لعان وفرقة ملك أحد الزوجين الآخر ، وفرقة جهل سبق أحد العقدين وفرقة تبين فسق الشاهدين ، وفرقة موت :

وكلها فسخ إلا الطلاق :

وفرقة الحكمين والخلع على الجديد ، وفرقة الايلاء على الأصح ، وفى الاعسار وجه أنه طلاق :

وكلها لاتحتاج إلى حضور حاكم حال الفرقة إلا اللعان ، فانه لايكون إلا بحضوره ، ولا يقوم المحكم فيه مقام الحاكم ، على الصحيح :

وأما مالا يحتاج إليه أصلا ، فالطلاق والخلع والعتق :

وما لايحتاج إلى إنشاء وهو : الاسلام والردة وطروء المحرمية ، والسبى والرضاع :

وكلها يقوم الحاكم فيها مقامه ، إذا امتنع إلا لاختيار ، وكذا الإيلاء فى قول :

ضابط

ليس لنا موضع تملك فيه المرأة فسخ النكاح ، ولا تملك إجازته إلا فيما إذا عتقت تحت رقيق ، فطلقها رجعيا ، أو ارتد ، فلها الفسخ والتأخير إلى الرجعة والإسلام ، وليس لها الإجازة قبل ذلك :

تذنيب

قال النووى فى تهذيبه : العيوب ستة : عيب المبيع ، ورقبة الكفارة والغرة والأضحية والهدى والعقيقة والإجارة والنكاح .

وحدودها مختلفة :

ففى المبيع : ماينقص المالية ، أو الرغبة ، أو العين ، إذا كان الغالب فى جنس المبيع عدمه :

وفى الكفارة : مايضر بالعمل إضرارا بينا :

وفى الأضحية والهدى والعقيقة : ماينقص اللحم :

وفى الإجارة : مايؤثر فى المنفعة تأثيرا يظهر به تفاوت فى قيمة الرقبة ؛ لأن العقد على المنفعة :

وفى النكاح :ماينفر عن الوطء ويكسر ثورة التوقان :

وفى الغرة : كالمبيع ، انتهى :

وبقى عيب الدية وهى : كالمبيع ، وعيب الزكاة ، كذلك على الأصح ، وقيل : كالأضحية :

وعيب الصداق إذا تشطر : وهو : مافات به غرض صحيح ، سواء كان فى أمثاله عدمه أم لا .

وعيب المرهون ، وهو : مانقص القيمة فقط :

خاتمة

الخيار فى هذه الفسوخ وغيرها ، على أربعة أقسام :

أحدها : ماهو على الفور بلا خلاف ، كخيار العيب إلا فى صورتين :

إحداهما : إذا استأجر أرضا لزراعة ، فانقطع ماؤها ثبت الخيار للعب :

قال الماوردى : على التراخى ، وجزم به الرافعى :

والأخرى : كل مقبوض عما فى الذمة من سلم ، أو كتابة اذا وجده معيبا فله الرد ، وهو على التراخى إن قلنا بملكه بالرضى ، وكذا إن قلنا بالقبض على الأوجه . قاله الإمام ؛

الثانى : ماهو على التراخى بلا خلاف ، كخيار الوالد فى الرجوع :

ومن أبهم الطلاق أو العتق أو أسلم على أكثر من أربع ، أو امرأة المولى وامرأة المعسر بالنفقة ، وأحد الزوجين إذا تشطر الصداق وهو زائد أو ناقص ، والمشترى إذا أبق العبد قبل قبضه ، وولى الدم بين العفو والقصاص :

الثالث : مافيه خلاف ، والأصح أنه على الفور ، كخيار تلقى الركبان ، والبائع فى الرجوع فيما باعه للمفلس ، والأخذ بالشفعة والفسخ بعيب النكاح ، والخلف فيه وخيار العتق ، والمغرور والإعسار بالمهر .

الرابع : مافيه خلاف ، والأصح أنه على التراخى ، كخيار المسلم إذا انقطع المسلم فيه عند محله ، وخيار الرؤية إذا جوزنا بيع الغائب :

الصداق

يتطرق إليه الفسخ بتلفه قبل القبض ، وتعييبه وبالإقالة .

الكتابة

يتطرق الفسخ إلى الصحيحة بعجز المكاتب عن الأداء أو غيبته عند الحلول ، ولو كان ماله حاضرا وامتناعه من الأداء مع القدرة ، وبجنون العبد حيث لا مال له ، فللسيد الفسخ فى الصور الأربع :

وللعبد أيضا : فى غير الأخيرة ، وبموت المكاتب قبل تمام الأداء ، فتنفسخ من غير فسخ :

وإلى الفاسدة بجنون السيد وإغمائه والحجر عليه :

ضابط

ليس لنا عقد يرتفع بالإنكار ، إلا الوكالة مع العلم حيث لا غرض ولا إنكار الوصية على مارجحه فى الشرح والروضة فى بابها .

الفسخ

هل يرفع العقد من أصله ، أو من حينه ؟ ؛

فيه فروع

الأول : فسخ البيع بخيار المجلس أو الشرط فيه وجهان أصحهما فى شرح المهذب من حينه .

الثانى : الفسخ بخيار العيب ، والتصرية ونحوها والأصح ، أنه من حينه وقيل : من أصله ، وقيل إن كان قبل القبض ، فمن أصله وإلا من حينه ؛

الثالث : تلف المبيع قبل القبض ، والأصح الانفساخ من حين التلف ؛

الرابع : الفسخ بالتخالف ، والأصح من حينه .

الخامس : إذا كان رأس مال السلم فى الذمة ، وعين فى المجلس ثم انفسخ السلم بسبب يقتضيه ورأس المال باق ، فهل يرجع الى عينه أو بدله ؛ وجهان : الأصح ، الأول.

قال الغزالى : والخلاف يلتفت إلى أن المسلم فيه إذا رد بالعيب : هل يكون نقضا الملك فى الحال أو هو مبين لعدم جريان الملك ؟

ومقتضى هذا التفريع : أن الأصح هنا ، أنه رفع للعقد من أصله ؛

ويجرى ذلك أيضا فى نجوم الكتابة ، وبدل الخلع إذا وجد به عيبا فرده ؛

لكن فى الكتابة : يرتد العتق لعدم القبض المعلق عليه ؛

وفى الخلع : لا يرتد الطلاق ، بل يرجع إلى بدل البضع ؛

السادس : الفسخ بالفلس ، من حينه قطعا ؛

السابع : الرجوع فى الهبة ، من حينه قطعا ؛

الثامن : فسخ النكاح بأحد العيوب ، والأصح أنه من حينه ؛

التاسع : الإقالة على القول بأنها فسخ ، الأصح أنها من حينه ؛

العاشر : إذا قلنا ، يصح قبول العبد الهبة بدون إذن السيد ، وللسيد الرد ؛

فهل يكون الرد قطعا للملك من حينه ، أو أصله ؟ وجهان ؛ ذكرهما ابن القاص ؛

ويظهر أثرهما فى وجوب الفطرة ، واستبراء الجارية الموهوبة ؛

الحادى عشر : إذا وهب المريض ما يحتاج إلى الإجازة ، فنقضه الوارث بعد الموت فهل هو رفع من أصله ، أو حينه ؟ وجهان ؛

الثانى عشر : إذا كانت الشجرة تحمل حملين فى السنة ، فرهن الثمرة الأولى بشرط القطع ، فلم تقطع حتى اختلطت بالحادث ، وعسر التمييز ؛ فان كان قبل القبض انفسخ الرهن أو بعده ، فقولان ، كالبيع ؛

فان قلنا : يبطل ، فهل هو من حين الاختلاط ، كتلف المرهون ، أو من أصله ، ويكون حدوث الاختلاط دالا على الجهالة فى العقد ، وجهان : حكاهما الماوردى ؛

فلو كان مشروطا فى بيع ، فللبائع الخيار فى فسخه على الثانى دون الأول ؛

الثالث عشر : فسخ الحوالة ، انقطاع من حينه ؛

قاعدة

يغتفر فى الفسوخ مالا يغتفر فى العقود

ومن ثم لم يحتج إلى قبول ، وقبلت الفسوخ : التعليقات ، دون العقود ؛ ولم يصح تعليق اختيار من أسلم على أكثر من أربع . لأنه فى معنى العقد ؛ ولا فسخه ، لأنه يتضمن اختيار الباقى ، وجاز توكيل الكافر فى طلاق المسلمة ، لا فى نكاحها ؛

القول فى الصريح ، والكناية ، والتعريض

قال العلماء : الصريح : اللفظ الموضوع لمعنى لا يفهم منه غيره ، عند الاطلاق ؛ ويقابله : الكناية ؛

تنبيه

اشتهر أن مأخذ الصراحة ، هل هو ورود الشرع به أو شهرة الاستعمال ؟ خلاف ؛

وقال السبكى : الذى أقوله : إنها مراتب ؛

أحدها : ما تكرر قرآنا ، وسنة ؛ مع الشياع عند العلماء والعامة ، فهو صريح قطعا كلفظ الطلاق ؛

الثانية : المتكرر غير الشائع ، كلفظ الفراق ؛ والسراح فيه خلاف ؛

الثالثة : الوارد غير الشائع ؛ كالافتداء ، وفيه خلاف أيضا ؛

الرابعة : وروده دون ورود الثالثة ، ولكنه شائع على لسان حملة الشرع ، كالخلع .

والمشهور : أنه صريح ؛

الخامسة : مالم يرد ، ولم يشع عند العلماء ، ولكنه عند العامة ؛ مثل : حلال الله على حرام ؛ والأصح : أنه كناية ؛

قاعدة

الصريح : لا يحتاج إلى نية ، والكناية : لا تلزم إلا بنية ؛

أما الأول : فيستثنى منه ما فى الروضة وأصلها : أنه لو قصد المكره إيقاع الطلاق : فوجهان ؛

أحدهما : لايقع ، لأن اللفظ ساقط بالإكراه : والنية لاتعمل وحدها : والأصح : يقع ، لقصده بلفظه :

وعلى هذا فصريح لفظ الطلاق عند الاكراه : كناية : إن نوى وقع ، وإلا فلا :

وأما الثانى : فاستثنى منه ابن القاص صورة ، وهى : ماإذا قيل له : طلقت ؟فقال نعم : فقيل : يلزمه : وإن لم ينو طلاقا ، وقيل : يحتاج إلى نية :

واعترض بأن مقتضاه : الاتفاق على أن « نعم » كناية ، وأن القولين فى احتياجه إلى النية :

والمعروف : أن القولين في صراحته ، والأصح : أنه صريح ، فلم تسلم كناية عن الافتقار إلى النية :

تنبيهات .

الأول : قد يشكل على قولهم « الصريح لايحتاج إلى نية » قولهم « يشترط فى وقوع الطلاق قصد حروف الطلاق بمعناه » وليس بمشكل ، فان المراد فى الكناية : قصد إيقاع الطلاق ، وفى الصريح قصد معنى اللفظ بحروفه ، لاالايقاع ، ليخرج ماإذا سبق لسانه ، وما إذا نوى غير معنى الطلاق الذى هو قطع العصمة كالحل من وثاق : ويدخل ماإذا قصد المعنى ولم يقصد الايقاع ، كالهازل :

الثانى : من المشكل ، قول المنهاج فى الوقف : وقوله « تصدقت » فقط : ليس بصريح ، وإن نوى ، إلا أن يضيف إلى جهة عامة : وينوى ، فان ظاهره أن النية تصيره صريحا ، وهو عجيب ، فانه ليس لنا صريح يحتاج إلى نية :

وعبارة المحرر : ولو نوى لم يحصل الوقف ، إلا أن يضيف ، وهى حسنة ، فانه من الكنايات : كما عده فى الحاوى الصغير :

وعبارة الروضة والشرح ، نحو عبارة المحرر :

الثالث : قال الرافعى فى الإقرار : اللفظ ، وإن كان صريحا فى التصديق : فقد ينضم إليه قرائن تصرفه عن موضوعه إلى الاستهزاء ، والكذب ، كحركة الرأس الدالة على شدة التعجب والانكار ، فيشبه أن لاتجعل إقرارا أو يجعل فيه خلاف لتعارض اللفظ والقرينة :

الرابع : ذكر الرافعى فى أواخر مسئلة « أنت على حرام » فيما لو قال : أنت على كالميتة أوالدم ، وقال : أردت أنها حرام : أن الشيخ أباحامد قال : إن جعلناه صريحا وجبت الكفارة ، أوكناية ، فلا لأنه لايكون للكناية كناية :

قال الرافعى : وتبعه على هذا جماعة : لكن لايكاد يتحقق هذا التصوير ، لأنه ينوى

باللفظ معنى لفظ آخر ، لاصورة اللفظ ، وإذا كان المنوى المعنى ، فلافرق بين أن يقال نوى التحريم ، أو نوى : أنت على حرام :

وقال ابن السبكى : وقد يقال : من نوى باللفظ ، معنى لفظ آخر ، فلا بد أن يكون تجوز به عن لفظه ، وإلا فلا تعلق للفظ بالنية ، وتصير النية مجردة مع لفظ غير صالح ، فلا تؤثر ، ومتى تجوز به عنه ، كان هو الكناية عن الكناية ، فهى كالمجاز عن المجاز والمجاز لايكون له مجاز .

ومن فروع ذلك

لو قال أنا منك بائن ، ونوى الطلاق .

قال بعضهم : لايقع ، لأنه كناية عن الكتابة .

ولو كتب : الطلاق ، فهو كناية فلو كتب كناية من كناياته ، فكما لو كتب الصريح فهذا كناية عن الكناية .

قاعـــدة

ما كان صريحا فى بابه ، ووجد نفاذا فى موضوعه ، لايكون كناية فى غيره .

ومن فروع ذلك

الطلاق : لا يكون كناية ظهار ، ولا عكسه .

وقوله : أبحتك كذا بألف ، لايكون كناية فى البيع ، بلا خلاف ، كما فى شرح المهذب :

قال : لأنه صريح فى الإباحة مجانا ، فلا يكون كناية فى غيره .

وخرج عن ذلك صور ، ذكرها الزركشى فى قواعده :

الأولى : قال لزوجته : أنت على حرام ، ونوى الطلاق ، وقع مع أن التحريم صريح فى إيجاب الكفارة .

الثانية : الخلع ، إذا قلنا : فسخ ، يكون كناية فى الطلاق :

الثالثة : قال السيد لعبده : أعتق نفسك ، فكناية تنجيز عتق ، مع أنه صريح فى التفويض .

الرابعة : أتى بلفظ الحوالة : وقال : أردت التوكيل : قبل عند الأكثرين .

الخامسة : راجع بلفظ التزويج ، أو النكاح ، فكناية .

السادسة : قال لعبده : وهبتك نفسك ، فكناية عتق .

السابعة : قال : من ثبت له الفسخ : فسخت نكاحك ، ونوى الطلاق ، طلقت فى الأصح .

الثامنة : قال : آجرتك حمارى لتعيرنى فرسك، فاجارة فاسدة غير مضمونة، فوقعت الاعارة كناية فى عقد الإجارة ؛

التاسعة : قال : بعتك نفسك ، فقالت : اشتريت ، فكناية خلع

قلت : لاتستثنى هذه ، فان البيع لم يجد نفاذا فى موضوعه ؛

العاشرة : صرائح الطلاق ، كناية فى العتق ، وعكسه ؛

قلت : لاتستثنى الأخرى ، لما ذكرناه ؛

الحادية عشرة : قال : مالى طالق ، ونوى الصدقة لزمه ؛

قلت : لايستثنى أيضا ، لذلك ؛

فالثلاثة أمثلة ، لما كان صريحا فى بابه ، ولم يجد نفاذا فى موضوعه ، فانه يكون كناية فى غيره . .

قاعـــدة

كل ترجمة تنصب على باب من أبواب الشريعة ، فالمشتق منها صريح ، بلا خلاف إلا فى أبواب :

أحدها : التيمم ، لايكفى « نويت التيمم » فى الأصح ؛

الثانى : الشركة ، لايكفى مجرد « اشتركنا » .

الثالث : الخلع ، لايكون صريحا إلا بذكر المال ، كما سيأتى ؛

الرابع : الكتابة ، لايكفى : « كاتبتك » حتى يقول : « وأنت حر إذا أديت » ؛

الخامس : الوضوء على وجه ؛

السادس : التدبير على قول ؛

قاعدة

قال الأصحاب : كل تصرف يستقل به الشخص ، كالطلاق ، والعتاق ، والإبراء ينعقد بالكناية مع النية ، كانعقاده بالصريح ، وما لايستقل به ، بل يفتقر إلى إيجاب وقبول : ضربان :

مايشترط فيه الاشهاد ، كالنكاح ، وبيع الوكيل المشروط فيه ؛

فهذا لاينعقد بالكناية ، لأن الشاهد لايعلم النية ؛

وما لايشترط فيه ، وهو نوعان :

مايقبل مقصوده التعليق بالغرر ، كالكتابة والخلع ، فينعقد بالكناية مع النية ؛

وما لايقبل : كالإجارة ، والبيع ، وغيرها ؛

وفى انعقاد هذه التصرفات بالكناية مع النية ، وجهان : أصحهما : الانعقاد ؛

سرد صرائح الأبواب، وكناياتها

اعلم أن الصريح وقع فى الأبواب كلها ، وكذا الكناية ؛ إلا فى الخطبة ، فلم يذكروا فيها كناية ، بل ذكروا التعريض ، ولا فى النكاح ، فلم يذكروها ؛ للاتفاق على عدم انعقاده بالكناية :

ووقع الصريح ، والكناية ، والتعريض جميعا : فى القذف ؛

صرائح البيع

ففى الايجاب : بعتك ؛ ملكتك ؛ وفى « ملكتك » وجه ضعيف : أنه كناية ؛ كأدخلته فى ملكك ؛

وفرق الأول : بأن أدخلته فى ملكك يحتمل الإدخال الحسى فى شىء مملوك له ، بخلاف « ملكتك » و « شريت » بوزن ضربت . صرح به الرافعى ، والنووى ، فى شرح المهذب :

وفى التولية ، والاشراك : وليتك ، وأشركتك .

وفى بيع أحد النقدين بالآخر : صارفتك .

وفى الصلح : صالحتك ؛

قال الأسنوى : ومنها عوضتك ، كما اقتضاه كلامهم فى مواضع ؛

ومنها : التقرير ، والترك بعد الانفساخ ، بأن يقول البائع بعد انفساخ البيع : قررتك على موجب العقد الأول ، فيقبل صاحبه ، كما اقتضاه كلام الشيخين فى القراض ، ويؤيده صحة الكفالة أيضا بذلك ، فانه لو تكفل ، فأبرأه المستحق ، ثم وجده ملازما للخصم فقال : اتركه ، وأنا على ما كنت عليه من الكفالة صار كفيلا ؛

وفى القبول : قبلت ، ابتعت : اشتريت ، تملكت ؛ وفيه الوجه السابق : شريت ؛ صارفت . توليت . اشتركت ؛ تقررت ؛

قال الأسنوى : ومنها : بعت ، على ما نقله فى شرح المهذب عن أهل اللغة ، والفقهاء ؛

ومنها : « نعم » صرح بها الرافعى فى مسئلة المتوسط ، غير أنه لا يلزم منه الجواز فيما إذا قال : بعتك؟ فقال : نعم ، لأن مدلولها حينئذ — وهى حالة عدم الاستفهام — : تصديق المتكلم فى مدلول كلامه ، فكأنه قال : إنك صادق فى إيجاب البيع ، بخلاف ما إذا كانت فى جواب الاستفهام ؛

وقد صرح بالبطلان فى وقوعها فى جواب « بعتك » العبادى فى الزيادات ، والأمام ناقلا عن الأئمة ؛

لكن الرافعي جزم بالصحة في وقوعها بعد « بعت » ذكره في النكاح ، وفيه نظر .
انتهى كلام الأسنوي .

ومن صرائح القبول

فعلت : صرح بها الرافعي في جواب اشتر مني ، والعبادي في الزيادات ، في جواب بعتك .

ومنها : رضيت : صرح بها الروياني ، والقاضي حسين .

تنبيه

ظاهر كلامهم أن « قبلت » وحدها من الصرائح : أعني إذا لم يقل معها البيع ونحوه .

قال في المهمات : وقد ذكر الرافعي في النكاح مايدل على أنها كناية . فقال ، فيما إذا قال : « قبلت » ، ولم يقل « نكاحها » ، ولا تزويجها مانصه :

وأصح الطرق : أن المسئلة على قولين :

أحدهما : الصحة ، لأن القبول ينصرف إلى ماأوجبه ، فكان كالمعتاد لفظا ، وأظهرهما المنع ، لأنه لم يوجد التصريح بواحد من لفظي : الانكاح ، والتزويج ، والنكاح لاينعقد بالكنايات .

هذا لفظه ، وهو صريح في أن التقدير الواقع بعد « قبلت » ألحقه هنا بالكنايات ، فيكون أيضا كناية في البيع .

قال : فان قيل : بل هو صريح ، لأن التقدير : قبلت البيع ، والمقدر كالملفوظ به .

قلنا : فيكون أيضا صريحا في النكاح ، لأن التقدير : قبلت النكاح ، فينعقد به .

قال : فالقول بأنه كناية في أحد البابين دون الآخر تحكم لادليل عليه .

قلت : الذي يظهر : أنه صريح في البابين ، وإنما لم يصح به النكاح ، لأنه لاينعقد بكل صريح ، للتعبد فيه بلفظ التزويج والانكاح ، وليس في كلام الرافعي مايدل على أنه كناية ، وإنما مراده : أن لفظ التزويج أو الانكاح : مقدر فيه ، ومكني ، ومضمر . فصار ملحقا بالكنايات باعتبار تقديره .

فالكناية راجعة إلى لفظ النكاح أو التزويج ، والمعتبر وجوده في صحة العقد باعتبار تقديره ، لا إلى لفظ « قبلت » فتأمل .

الكنايات

جعلته لك بكذا ، خذه بكذا ، تسلمه بكذا ، أدخلته فى ملكك ، وكذا سلطتك عليه بكذا ، على الأصح ، فى زوائد الروضة .

وفى وجه لا ، كقوله : أبحتك بألف : وكذا باعك الله : وبارك الله لك فيه ، فيما نقله فى زوائد الروضة عن فتاوى الغزالى ، وضم إليه : أقالك الله ، ورده الله عليك ، فى الإقالة ، وزوجك الله ، فى النكاح .

ونقل الرافعى فى الطلاق ، فى : طلقك الله ، وأعتقك الله ، وقول رب الدين للمدين : أبرأك الله وجهين ، بلا ترجيح .

أحدهما : أنه كناية ، وبه قال البوشنجى .

والثانى : أنه صريح ، وهو قول العبادى .

قال فى المهمات : وهذه المسئلة - أعنى مسئلة البيع ، والإقالة - مثلها الخيار جزم الرافعى بأن قول المتعاقدين « تخايرنا » صريح فى قطع الخيار .

وكذا « اخترنا إمضاء العقد » : أمضيناه أجزناه ، ألزمناه .

وكذا قول أحدهما لصاحبه : اختر .

القرض

ذكر فى الروضة وأصلها : أن صيغته : أقرضتك ، أسلفتك ، خذ هذا بمثله ، خذه واصرفه فى حوائجك : ورد بدله ، ملكته على أن ترد بدله .

قال السبكى ، والأسنوى : وظاهر كلامه : أن هذه الألفاظ كلها صرائح .

لكن سبق فى البيع أن « خذه بمثله » كناية ، فينبغى أن يكون هنا كذلك .

ولو اقتصر على قوله : واصرفه فى حوائجك ، ففى كونه قرضا وجهان فى المطلب .

والظاهر المنع ، لاحتماله الهبة .

الوقف

الصحيح الذى قطع به الجمهور : أن : وقفت ، وحبست ، وسبلت : صرائح .

وقيل : كنايات . وقيل : وقفت ، فقط صريح . وقيل : هو ، وحبست .

والمذهب : أن حرمت هذه البقعة للمساكين وأبدتها كنايتان ، وأن : تصدقت فقط لا صريح ، ولا كناية .

فان أضافه إلى جهة عامة ، كقوله : على المساكين : فكناية ، وإن ضم إليه أن قال صدقة محرمة ، أو محبسة ، أو موقوفة ، أو لا تباع ، أو لا توهب ، أو لا تورث ، فصريح .

قال السبكى : جاء فى هذا الباب نوع غريب لم يأت مثله إلا قليلا ، وهو انقسام الصريح إلى ماهو صريح بنفسه ، وإلى ماهو صريح مع غيره ؛

ومن الصرائح

جعلت هذا المكان مسجدا لله تعالى، وكذا جعلتها مسجدا فقط فى الأصح : وقوله : وقفتها على صلاة المصلين : كناية ، يحتاج إلى قصد جعلها مسجدا ؛

فـــرع

وقع السؤال عن رجل ، قال : هذا العبد ، أو الدابة خرج عن ذمتى لله تعالى ؛

فقلت : يؤاخذ باقراره فى الخروج عن ملكه : ثم هو فى العبد يحتمل العتق والوقف فان فسره بأحدهما ، قبل : وإن لم يفسره ، فالحمل على العتق أظهر ، لأنه لايحتاج إلى تعيين ولا قبول ، والوقف يحتاج إلى تعيين الجهة الموقوف عليها ، وقبول الموقوف عليه إذا كان معينا ؛

وأما الدابة : فان كانت من النعم ، احتملت الوقف ، والأضحية ، والهدى : ويرجع إليه ، فان لم يفسره ، فالحمل على الأضحية أظهر من الوقف ، لما قلناه : ومن الهدى، لأنه يحتاج إلى نقل : فان كان قائل ذلك بمكة ، أو محرما ، استوى الهدى والأضحية ؛

ويحتمل أيضا أمرا رابعا ، وهو النذر ؛

وخامسا : وهو مطلق ذبحها ، والصدقة بها على الفقراء ؛

وإن كانت من غيرها ، وهى مأكولة ، احتملت الوقف ، والنذر ، والصدقة ، أو غير مأكولة : لم تحتمل إلا الوقف : فان فسره بوقف باطل ، كعدم تعيين الجهة ، وهو عامى . قبل منه ، وإن قال : قصدت أنها سائبة ، ففى قبول ذلك منه نظر ؛

قلت ذلك تخريجا ؛

الخطبة

صريحها : أريد نكاحك إذا انقضت عدتك ، نكحتك ؛

التعريض

رب راغب فيك ، من يجد مثلك ، أنت جميلة ، إذا حللت فآذنينى ، لاتبقين أيما ، لست بمرغوب عنك ، إن الله سائق إليك خيرا ؛

النكاح

صريحه فى الايجاب : لفظ التزويج ، والانكاح ، ولايصح بغيرهما : وفى القبول قبلت نكاحها ، أوتزويجها ، أو تزوجت ، أو نكحت ؛

ولا يكفى : قبلت فقط ، ولا قد فعلت : ولا نعم ، فى الأصح ، بخلاف البيع ؛
وحكى ابن هبيرة إجماع الأئمة الأربعة على الصحة فى « رضيت نكاحها » ؛
قال السبكى : ويجب التوقف فى هذا النقل ، والذى يظهر أنه لا يصح ؛

الخلع

إن قلنا : إنه طلاق « وهو الأظهر » فلفظ الفسخ كناية فيه ؛
قال فى أصل الروضة : وأما لفظ الخلع ففيه قولان ؛
قال فى الأم : كناية ، وفى الاملاء : صريح ؛
قال الرويانى وغيره : الأول أظهر ، واختار الامام ، والغزالى ، والبغوى الثانى ؛
ولفظ المفاداة : كلفظ الخلع فى الأصح ، وقيل : كناية قطعا ؛
وإذا قلنا : لفظ الخلع صريح ، فذاك إذا ذكر المال ، فان لم يذكره فكناية على الأصح . وقيل : على القولين ؛
وهل يقتضى الخلع المطلق الجارى بغير ذكر المال ثبوت المال ؟ أصحهما عند الامام والغزالى ، والرويانى : نعم : للعرف ؛ والثانى : لا ، لعدم الالتزام ؛
هذه عبارة الروضة ؛
وعبارة المنهاج : ولفظ الخلع صريح ، وفى قول : كناية ؛
فعلى الأول : فلو جرى بغير ذكر مال وجب مهر المثل فى الأصح ؛
وهى صريحة فى أن لفظ الخلع صريح ، وإن لم يذكر معه المال ، وهو خلاف ما فى الروضة .
قال الشيخ ولى الدين فى نكته : والحق أنه لا منافاة بينهما ، فإنه ليس فى المنهاج أنه صريح مع عدم ذكر المال ، فلعل مراده : أنه جرى بغير ذكر مال ، مع وجود مصحح له ، وهو : اقتران النية به ، انتهى ؛
فالحاصل : أن لفظ الخلع والمفاداة ، صريحان ، مع ذكر المال ، كنايتان إن لم يذكر ؛
ويصح بجميع كنايات الطلاق ، سواء قلنا إنه طلاق ، أو فسخ فى الأصح ؛
ومن كناياته : لفظ البيع ، والشراء ؛ نحو : بعتك نفسك ، فتقول : اشتريت ، أو قبلت والإقالة ، وبيع الطلاق بالمهر ، من جهته ، وبيع المهر بالطلاق ، من جهتها ؛

الطلاق

صرائحه :

الطلاق ، وكذا الفراق . والسراح على المشهور ؛

كطلقتك ، وأنت طالق ، ويا طالق ، ونصف طالق ، وكل طلقة ، وأوقعت عليك طلاق وأنت مطلقة ويامطلقة ، وفيهما وجه ؛

وأما أنت مطلقة ، وأنت طلاق ، أو الطلاق ، أو طلقة ، أو أطلقتك ، فالأصح : أنها كنايات ؛

وفى : لك طلقة ؛ ووضعت عليك طلقة وجهان ؛

ويجرى ذلك فى الفراق ، والسراح أيضا ؛

والكنايات

أنت خلية ، برية ، بتة ، بتلة ، بائن ، حرام ، حرة ، واحدة ، اعتدى ، استبرئى رحمك الحق بأهلك ، حبلك على غاربك ، لا أنده سربك اغربى اعزبى ، أخرجى ، اذهبى ، سافرى ، تجردى ، تقنعى ، تسترى ، الزمى الطريق بينى ، ابعدى ، دعينى ، ودعينى ، برئت منك ، لا حاجة لى فيك ، أنت وشأنك ، لعل الله يسوق إليك خيرا ، بارك الله لك ، بخلاف بارك الله فيك ، تجرعى ذوقى تزودى ، وكذا كلى واشربى ، وانكحى ، ولم يبق بينى وبينك شيء ، ولست زوجة لى فى الأصح ، لا أغناك الله وقومى ، واقعدى ، وأحسن الله جزاءك ، زودينى ، على الصحيح ؛

تنبيه

تقدم أن « نعم » كناية فى قبول النكاح ؛ فلا ينعقد به ، وفى قبول البيع ؛ فينعقد على الأصح ؛ وينعقد به البيع فى جواب الاستفهام جزما ؛ وكأنه صريح ؛

وأما فى الطلاق : فلو قيل له : أطلقت زوجتك ؛ أو فارقتها ، أو زوجتك طالق ؟ فقال : نعم ؛ فإن كان على وجه الاستخبار ، فهو إقرار يؤاخذ به ؛ فإن كان كاذبا لم تطلق فى الباطن ، وإن كان على وجه التماس الإنشاء ؛ فهل هو صريح ، أو كناية ؟ قولان ؛ أظهرهما : الأول ، وقطع به بعضهم ؛

فرع

الأصح : أن ما اشتهر فى الطلاق ، سوى الألفاظ الثلاثة الصريحة ، كحلال الله على حرام ، أنت على حرام ، أو الحل على حرام كناية لا يلتحق بالصريح ؛

فلو قال لزوجته : أنت على حرام ، أوحرمتك ؛ فان نوى الطلاق وقع رجعيا ؛ أونوى عددا وقع مانواه ؛ أو نوى الظهار فهو ظهار ؛ وإن نواهما معا فهل يكون طلاقا لقوته ، أو ظهارا ، لأن الأصل بقاء النكاح ، أو يتخير ، ويثبت مااختاره ؟ أوجه ؛ أصحها : الثالث ؛

وإن نوى أحدهما قبل الآخر ؛ قال ابن الحداد : إن أراد الظهار ، ثم أراد الطلاق صحا ؛ وإن أراد الطلاق أولا ، فان كان بائنا ، فلا معنى للظهار بعده ؛ وإن كان رجعيا فالظهار موقوف ، إن راجعها ، فهو صحيح : والرجعة : عود ، وإلا فهو لغو ؛

وقال الشيخ أبو على : هذا التفصيل فاسد عندى : لأن اللفظ الواحد : إذا لم يجز أن يراد به التصرفات : لم يختلف الحكم بارادتهما معا ؛ أومتعاقبين ؛

كذا فى الروضة وأصلها من غير ترجيح ؛

والراجح مقالة أبى على ، لاطلاقه فى الشرح الصغير ، والمحرر ، والمنهاج : التخيير ؛

وإن نوى تحريم عينها ، أوفرجها ، أووطئها . لم تحرم ؛ وعليه كفارة ؛ ككفارة اليمين فى الحال ، وإن لم يطأ فى الأصح ؛

وكذا إن أطلق ، ولم ينو شيئا فى الأظهر ؛

فلفظ « أنت على حرام » صريح فى لزوم الكفارة ؛

ولو قال هذا اللفظ لأمته ، ونوى العتق : عتقت ، أو الطلاق ، أوالظهار فلغو ، أو تحريم عينها ، لم تحرم ؛ وعليه الكفارة ؛

وكذا إن أطلق فى الأظهر ؛

فإن كانت محرما ، فلا كفارة ، أومعتدة ، أو مرتدة ، أو مجوسية ، أو مزوجة ، أو الزوجة معتدة عن شبهة ، أومحرمة ، فوجهان ، لأنها محل الاستباحة فى الجملة .

أو حائضا ، أونفساء ، أوصائمة : وجبت على المذهب ، لأنها عوارض . أو رجعية فلا على المذهب ؛

ولو قال لعبد ، أوثوب ونحوه فلغو لا كفارة فيه ، ولا غيرها ؛

الرجعة

صرائحها :

رجعتك ، وارتجعتك ، وراجعتك ، وكذا أمسكتك ، ورددتك فى الأصح ؛ وتزوجتك ونكحتك : كنايتان ؛

وقيل : صريحان ؛ وقيل : لغو ؛

واخترت رجعتك كناية ؛ وقيل : لغو .

وقيل : إن كل لفظ أدى معنى الصريح في الرجعة ، صريح . نحو : رفعت تحريمك وأعدت حلك .

والأصح : أن صرائحها منحصرة ، لأن الطلاق صرائحه ، محصورة ، فالرجعة التي تحصل إباحة أولى .

الايلاء

صريحه :

آ ليتك ، وتغييب ذكر أوحشفة بفرج ، والجماع بذكر ، والافتضاض بذكر للبكر .

وكذا مطلق الجماع ، والوطء ، والاصابة ، والافتضاض للبكر ، من غير ذكره ، على الصحيح .

والكنايات

المباشرة ، والمباضعة ، والملامسة ، والمس ، والإفضاء ، والمباعلة ، والدخول بها ، والمضى إليها ، والغشيان ، والقربان . والاتيان .

والقديم : أنها كلها صرائح .

واتفق على أن : لأبعدن عنك ، ولا يجمع رأسى ورأسك وسادة ، ولا يجتمع تحت سقف ، ولطولن غيبتى عنك ، ولأسوأنك ولأغيظنك : كنايات فى الجماع ، والمدة معا ؛

وقوله : ليطولن تركى لجماعك ، أولأسوأنك فى الجماع صريح فيه كناية فى المدة ؛

الظهار

صريحه :

أنت على أو معى ، أو عندى ، أو منى ، أو لى : كظهر أمى ، وكذا : أنت كظهر أمى : بلا صلة ، وقيل : إنه كناية ؛

وكذا : جملتك ، أونفسك ، أو ذاتك ، أو جسمك : كظهر أمى ، وكذا كبدن أمى أو جسمها ، أو جملتها أو ذاتها ، وكذا كيدها أورجلها أو صدرها ، أو بطنها أو فرجها ، أو شعرها على الأظهر ؛

وكعينها : كناية . إن قصد ظهارا فظهار أوكرامة فلا ؛

وكذا إن أطلق فى الأصح ؛

وقوله : كروحها كناية ، وقيل : لغو ؛

وكرأسها : صريح قطع به العراقيون ، وقيل : كناية ؛

قال فى أصل الروضة : وهو أقرب ؟

وقوله : كأمى ، أو مثل أمى : كناية ، كعينها ؟

القـذف

صريحه :

لفظ الزنا ؟ كقوله : زنيت ، أو زنيت ، أو يا زان ، أو يا زانية ، والنيك وإيلاج الحشفة ، أو الذكر ، مع الوصف بتحريم ؛ أو دبر ؟ وسائر الألفاظ المذكورة فى الإيلاج أنها صريحة هنا إذا انضم إليها الوصف بالتحريم : ولطت ، ولاط بك وزنيت فى الجبل ؟ وفيه وجه : أنه كناية ، وزنا فرجك ، أو ذكرك ، أو قبلك ، أو دبرك ؛

ولا مرأة : زنيت فى قبلك ؛ ولرجل : بقبلك ولخنثى : ذكرك وفرجك معا ولولد غيره الذى لم ينف بلعان : لست ابن فلان .

والكنايات

يا فاجر ، يافاسق ، ياخبيث يا خبيثة ، ياسفيه أنت تحبين الخلوة لا تردين يد لامس ولقرشى : يا نبطى ، أو لست من قريش .

واولده : لست ابنى ؟

وللمنفى باللعان : لست ابن فلان ؟

ولزوجته : لم أجدك عزراء ، فى الجديد ولأجنبية : قطعا وأنت أزنى الناس أو أزنى من الناس ، أو يا أزنى الناس أو أزنى من فلان على الصحيح فى الكل ؟

وزنأت فى الجبل على الصحيح ، وكذا : زنأت فقط ، أو يا زانئ بالهمزة فى الأصح ويازانية فى الجبل بالياء على المنصوص ؛ ولرجل : زنيت فى قبلك ؛ وزنت يدك أورجلك أو عينك أو أحد قبلى المشكل ويالوطى : على المعروف فى المذهب ؟

واختار فى زوائد الروضة ؟ أنه صريح لأن احتمال إرادة أنه على دين لوط لا يفهمه العوام أصلا ولا يسبق إلى ذهن غيرهم ؟

ومن الكنايات

ياقواد يامؤاجر ، وفيهما وجه : أنهما صريحان .

ويامأبون : كما فى فتاوى النووى ، ياقحبة وياعلق ، كما فى فتاوى الشاشى وفروع ابن القطان .

وجزم ابن الصباغ والشيخ عز الدين بأن : ياقحبة صريح .

وأفتى الشيخ عز الدين بأن : يامخنث صريح للعرف ؛

وفى فروع ابن القطان بأن : يابغى كناية ؟

والتعريض

ياابن الحلال ، أما أنا فلست بزان ، وأمى ليست بزانية ، ماأحسن اسمك فى الجيران ماأنا ابن خباز ولا إسكاف؛

. فلا أثر لذلك وإن نوى به القذف ، لأن النية إنما تؤثر إذا احتمل اللفظ المنوى ، ولا دلالة فى هذا اللفظ ، ولااحتمال وما يفهم منه مستنده : قرائن الأحوال .

وفى وجه : أنه كناية لحصول الفهم والإيذاء .

ضابط

قال الحليمى : كل ماحرم التصريح به لعينه ، فالتعريض به حرام كالكفر والقذف؛ وما حل التصريح به أو حرم ، لالعينه . بل لعارض ؛ فالتعريض به جائز ، كخطبة المعتدة ؛

العتق

صريحه :

التحرير والإعتاق ؛

نحو : أنت حر أو محرر أو حررتك ، أو عتيق أو معتق أو أعتقتك ، وكذا فك الرقبة فى الأصح :

والكنايات

لاملك لى عليك ، لاسبيل لاسلطان لايد لاأمر لاخدمة ، أزلت ملكى عنك حرمتك أنت سائبة أنت بتة أنت لله ، وهبتك نفسى ؛

وكل صرائح الطلاق وكناياته : كنايات فيه وكذا أنت على كظهر أمى فى الأصح .

فرعان

الأول : لاأثر للخطأ فى التذكير والتأنيث ، فى الطلاق والعتق والقذف :

فلو قال لها : أنت طالق أو أنت حر أو زان أو زنيت أو له ، أنت حرة أو زانية ، أو زنيت ، فهو صريح ؛

الثانى : لو قال لعبده أنت ابنى - ومثله يجوز أن يكون ابنا له - ثبت نسبه وعتق إن كان صغيرا أو بالغا وصدقه ، وإن كذبه عتق أيضا ولا نسب .

فان لم يمكن كونه ابنه - بأن كان أصغر منه ، على حد لايتصور كونه ابنه - لغا قوله ولم يعتق ، لأنه ذكر محالا .

فان كان معروف النسب من غيره ، لم يلحقه :

لكن يعتق فى الأصح ، لتضمنه الإقرار بحريته .
وفى نظيره ، فى المرأة : لو قال لها : أنت بنتى ؛
قال الإمام : الحكم فى حصول الفراق وثبوت النسب كما فى العتق .
قال فى الروضة ، من زوائده : والمختار أنه لايقع به فرقة ، إذا لم تكن نية ، لأنه إنما يتعمل فى العادة للملاطفة وحسن المعاشرة ؛

التدبير

صريحه :
أنت حر بعد موتى ، أعتقتك حررتك بعد موتى ؛ إذا مت فأنت حر أو عتيق .

والكناية

خليت سبيلك بعد موتى .
ولو قال : دبرتك أو أنت مدبر ، فالنص : أنه صريح فيعتق به إذا مات السيد ؛
ونص فى الكتابة أن قوله : كاتبتك على كذا ، لايكفى حتى يقول : فإذا أديت فأنت حر ، أو ينويه فقيل : فيهما قولان ؛
أحدهما : صريحان لاشتهارهما فى معناهما ، كالبيع والهبة .
والثانى : كنايتان لخلوهما عن لفظ الحرية والعتق ؛
والمذهب : تقرير النصين ؛
والفرق : أن التدبير مشهور بين الخواص والعوام ، والكتابة لايعرفها العوام .

عقد الأمان

صريحه :
أجرتك ، أنت مجار ، أنت آمن ، أمنتك ، أنت فى أمانى ، لابأس عليك ، لاخوف عليك ، لاتخف لاتفزع .

والكناية

أنت على ماتحب ، كن كيف شئت :

ولاية القضاء

صريحه :
وليتك القضاء ، قلدتك ، استنبتك ، استخلفتك ، اقض بين الناس ، احكم ببلد كذا

والكناية

اعتمدت عليك فى القضاء ، رددته إليك ، فوضته إليك : أسندته ؛

قال الرافعي : ولا يكاد يتضح فرق بين وليتك القضاء وفوضته إليك .

وقال النووي : الفرق واضح ، فان وليتك متعين لجعله قاضيا وفوضت إليك محتمل لأن يراد توكيله في نصب قاض .

ومن الكنايات ، كما في أدب القضاء لابن أبي الدم :

عولت عليك ، عهدت إليك ، وكلت إليك .

القول في الكتابة

فيها مسائل

الأولى : في الطلاق فان كتبه الأخرس فأوجه ، أصحها أنه كناية ، فيقع الطلاق إن نوى ، ولم يشر .

والثاني : لابد من الإشارة .

والثالث : صريح .

وأما الناطق : فان تلفظ بما كتبه ، حال الكتابة أو بعدها طلقت ، وإن لم يتلفظ فان لم ينو إيقاع الطلاق لم يقع على الصحيح ، وقيل يقع فيكون صريحا .

وإن نوى فأقوال ، أظهرها تطلق والثاني لا ، والثالث إن كانت غائبة عن المجلس طلقت وإلا فلا .

قال في أصل الروضة : وهذا الخلاف جار في سائر التصرفات التي لا تحتاج إلى قبول كالإعتاق والإبراء والعفو عن القصاص وغيرها .

وأما ما يحتاج إلى قبول فهو نكاح وغيره ، فغير النكاح كالبيع والهبة والإجارة ففي انعقادها بالكتابة خلاف مرتب على الطلاق وما في معناه إن لم يصح بها فهنا أولى ، وإلا فوجهان للخلاف في انعقاد هذه التصرفات بالكنايات ، ولأن القبول شرط فيها فيتأخر عن الايجاب ، والمذهب الانعقاد .

ثم المكتوب إليه : له أن يقبل بالقول وهو أقوى وله أن يكتب القبول .

وأما النكاح : ففيه خلاف مرتب ، والمذهب منعه بسبب الشهادة فلا اطلاع للشهود على النية .

ولو قالا بعد الكتابة : نوينا ، كان شهادة على إقرارهما ، لا على نفس العقد ، ومن جوز ، اعتمد الحاجة .

وحيث جوزنا انعقاد البيع ونحوه بالكتابة ، فذلك في حال الغيبة .

فأما عند الحضور : فخلاف مرتب ، والأصح الانعقاد .

وحيث جوزنا انعقاد النكاح بها فيكتب : زوجتك بنتى ، ويحضر الكتاب عدلان؛

ولا يشترط أن يحضرهما ولا أن يقول : اشهدا ، فاذا بلغه يقبل لفظا أو يكتب القبول ويحضره شاهدا الايجاب ، ولا يكفى غيرهما فى الأصح .

ولو كتب إليه بالوكالة ، فان قلنا : لا يحتاج إلى القبول فهو ككتابة الطلاق ، وإلا فكالبيع ونحوه ؛

وولاية القضاء كالوكالة ، فالمذهب صحتها بالكتابة ، وكذا يقع العزل بالكتابة ؛

وإن كتب إليه : إذا أتاك كتابى فأنت معزول ، لم ينعزل قبل أن يصل إليه الكتاب قطعا قاضيا كان أو وكيلا ، وكذا فى الطلاق .

وإن كتب : أنت معزول أو عزلتك ، فالأظهر العزل فى الحال فى الوكيل دون القاضى لعظم الضرر فى نقض أقضيته ؛

ولا خلاف فى وقوع الطلاق فى نظير ذلك ، فى الحال ؛

وإن كتب : إذا قرأت كتابى فأنت معزول أو طالق ، لم يحصل العزل والطلاق بمجرد البلوغ ، بل بالقراءة ؛

فان قرئ عليه أو عليها — وهما أميان — وقع الطلاق والعزل ؛

وإن كانا قارئين ، فالأصح انعزال القاضى لأن الغرض إعلامه وعدم وقوع الطلاق لعدم قراءتها مع الامكان ، وقيل : لا ينعزل القاضى أيضا . وقيل : يقع الطلاق كالعزل ؛

والفرق : أن منصب القاضى يقتضى القراءة عليه دون المرأة ؛

تنبيه

قال ابن الصلاح : ينبغى للمجيز فى الرواية كتابة أن يتلفظ بالاجازة أيضا ؛

فان اقتصر على الكتابة ولم يتلفظ مع قصد الاجازة صحت ، وإن لم يقصد الاجازة ؛

قال ابن الصلاح : فغير مستبعد تصحيح ذلك فى هذا الباب كما أن القراءة على الشيخ — إذا لم يتلفظ بما قرأ عليه — جعلت إخبارا منه بذلك ؛

وقال الحافظ أبو الفضل العراقى : الظاهر عدم الصحة ؛

المسئلة الثانية

قال النووى فى الأذكار : من كتب سلاما فى كتاب ، وجب على المكتوب إليه رد السلام إذا بلغه الكتاب ، قاله المتولى وغيره ، وزاد فى شرح المهذب أنه يجب الرد على الفور ؛

الثالثة

هل يجوز الاعتماد على الكتابة والخط ؟ ؛

فيه فروع

الأول : الرواية ، فاذا كتب الشيخ بالحديث إلى حاضر أو غائب أو أمر من كتب فان قرن بذلك إجازة ؛ جاز الاعتماد عليه والرواية قطعا ؛ وإن تجردت عن الإجازة فكذلك على الصحيح المشهور ؛

ويكفي معرفة خط الكاتب وعدالته ، وقيل لابد من إقامة البينة عليه ؛

الثاني : أصح الوجهين في الروضة والشرح والمنهاج والمحرر ، جواز رواية الحديث اعتمادا على خط محفوظ عنده ، وإن لم يذكر سماعه ؛

الثالث : يجوز اعتماد الراوي على سماع جزء وجد اسمه مكتوبا فيه : أنه سمعه إذا ظن ذلك بالمعاصرة واللقي ونحوهما مما يغلب على الظن وإن لم يتذكر وتوقف فيه القاضي حسين

الرابع : عمل الناس اليوم على النقل من الكتب ونسبة ما فيها إلى مصنفيها ؛

قال ابن الصلاح : فان وثق بصحة النسخة فله أن يقول : قال فلان وإلا فلا يأتي بصيغة الجزم ؛

وقال الزركشي في جزء له : حكى الأستاذ أبو إسحاق الإسفرائيني ، الإجماع على جواز النقل من الكتب المعتمدة ولا يشترط اتصال السند إلى مصنفيها ؛

وقال : الكيا الطبري في تعليقه ، من وجد حديثا في كتاب صحيح جاز له أن يرويه ويحتج به ؛

وقال قوم من أصحاب الحديث : لايجوز ، لأنه لم يسمعه وهذا غلط ؛

وقال ابن عبد السلام : أما الاعتماد على كتب الفقه الصحيحة الموثوق بها ، فقد اتفق العلماء في هذا العصر على جواز الاعتماد عليها والإستناد إليها ، لأن الثقة قد حصلت بها كما تحصل بالرواية ، ولذلك اعتمد الناس على الكتب المشهورة في النحو ، واللغة ، والطب وسائر العلوم لحصول الثقة بها وبعد التدليس ؛

ومن اعتقد أن الناس قد اتفقوا على الخطأ في ذلك ؛ فهو أولى بالخطأ منهم ؛

ولولا جواز الاعتماد على ذلك لتعطل كثير من المصالح المتعلقة بها ؛

وقد رجع الشارع إلى قول الأطباء في صور ؛

وليست كتبهم مأخوذة في الأصل إلا عن قوم كفار ؛

ولكن لما بعد التدليس فيها اعتمد عليها ، كما اعتمد في اللغة على أشعار العرب وهم كفار لبعد التدليس ، انتهى ؛

الخامس : إذا ولى الإمام رجلا كتب له عهدا وأشهد عليه عدلين ، فان لم يشهد ، فهل يلزم الناس طاعته ويجوز لهم الاعتماد على الكتاب ؟ خلاف ؛

والمذهب : أنه لا يجوز اعتماد مجرد الكتاب من غير إشهاد ولا استفاضة .

السادس : إذا رأى القاضى ورقة فيها حكمه لرجل ، وطالب عنه إمضاءه والعمل به ولم يتذكره ، لم يعتمده قطعا لإمكان التزوير .

وكذا الشاهد ، لا يشهد بمضمون خطه إذا لم يتذكر ، فلو كان الكتاب محفوظا عنده وبعد احتمال التزوير والتحريف ، كالمحضر والسجل الذى يحتاط فيه ، فوجهان الصحيح أيضا : أنه لا يقضى به ولا يشهد ، مالا يتذكر بخلاف ماتقدم فى الرواية ، لأن بابها على التوسعة .

السابع : إذا رأى بخط أبيه أن لى على فلان كذا أو أديت إلى فلان كذا .

قال الأصحاب : فله أن يحلف على الاستحقاق والأداء اعتمادا على خط أبيه ، إذا وثق بخطه وأمانته .

قال القفال وضابط وثوقه أن يكون بحيث لو وجد فى تلك التذكرة لفلان على كذا لا يجد من نفسه أن يحلف على نفى العلم به ، بل يؤديه من التركة .

وفرقوا بينه وبين القضاء والشهادة بأن خطرهما عظيم ولأنهما يتعلقان به ، ويمكن التذكر فيهما ، وخط المورث لا يتوقع فيه يقين ، فجاز اعتماد الظن فيه ، حتى لو وجد ذلك بخط نفسه ، لم يجز له الحلف حتى يتذكر .

قاله فى الشامل ، وأقره فى أصل الروضة فى باب القضاء .

الثامن : يجوز الاعتماد على خط المفتى .

التاسع : قال الماوردى والرويانى : لو كتب له فى ورقة بلفظ الحوالة ، ووردت على المكتوب إليه ، لزمه أداؤها إذا اعترف بدين الكاتب وأنه خطه وأراد به الحوالة وبدين المكتوب له فان أنكر شيئا من ذلك لم يلزمه .

ومن أصحابنا : من ألزمه إذا اعترف بالكتاب والدين اعتمادا على العرف ولتعذر الوصول إلى الإرادة .

العاشر : شهادة الشهود على ما كتب فى وصية ، لم يطلعا عليها .

قال الجمهور : لا يكفى . وفى وجه : يكفى ، واختاره السبكى .

الحادى عشر : إذا وجد مع اللقيط رقعة فيها ، أن تحته دفينا وأنه له ، ففى اعتمادها وجهان . أصحهما عند الغزالى : نعم . والثانى : لا ، وهو الموافق لكلام الأكثرين .

تنبيه

حكم الكتابة على القرطاس ، والرق ، واللوح ، والأرض ، والنقش على الحجر والخشب : واحد ، ولا أثر لرسم الأحرف على الماء والهواء .

القول فى الاشارة

الاشارة من الأخرس معتبرة ، وقائمة مقام عبارة الناطق ، فى جميع العقود ، كالبيع والاجارة والهبة ، والرهن ، والنكاح ، والرجعة ، والظهار .

والحلول : كالطلاق ، والعتاق ، والابراء ، وغيرها ، كالأقارير ، والدعاوى ، واللعان ، والقذف ، والاسلام ؛

ويستثنى صور :

الأولى : شهادة لاتقبل بالاشارة فى الأصح ؛

الثانية : يمينه لاينعقد بها ، إلااللعان .

الثالثة : إذا خاطب بالاشارة فى الصلاة لاتبطل على الصحيح ؛

الرابعة : حلف لايكلمه ، فأشار إليه ، لايحنث ؛

الخامسة : لايصح إسلام الأخرس بالاشارة فى قول ، حتى يصلى بعدها ؛ والصحيح صحته .

وحمل النص المذكور على ما إذا لم تكن الاشارة مفهمة ؛

وإذا قلنا باعتبارها . فمنهم من أراد الحكم على إشارته المفهومة ، نوى أم لا ، وعليه البغوى ؛

وقال الامام ، وآخرون : إشارته منقسمة إلى صريحة مغنية عن النية ، وهى التى يفهم منها المقصود كل واقف عليها ، وإلى كناية مفتقرة إلى النية ، وهى التى تختص بفهم المقصود بها المخصوص بالفطنة ، والذكاء ، كذا حكاه فى أصل الروضة : والشرحين ، من غير تصريح بترجيح . وجزم بمقالة الامام فى المحرر ، والمنهاج .

قال الامام : ولو بالغ فى الاشارة ، ثم ادعى أنه لم يرد الطلاق ، وأفهم هذه الدعوى فهو كمالو فسر اللفظ الشائع فى الطلاق بغيره ، وسواء فى اعتبارها : قدر على الكتابة أم لا كما أطلقه الجمهور ، وصرح به الامام ؛

وشرط المتولى عجزه عن كتابة مفهمة ؛ فان قدر عليها ، فهى المعتبرة ، لأنها أضبط ؛

وينبغى أن يكتب مع ذلك : إنى قصدت الطلاق ، ونحوه :

وأما القادر على النطق ، فاشارته لغو ؛ إلا فى صور :

الأولى : إشارة الشيخ فى رواية الحديث ، كنطقه ، وكذا المفتى ؛

الثانية : أمان الكفار ، ينعقد بالاشارة : تغليبا لحقن الدم ؛ كأن يشير مسلم إلى كافر فينحاز إلى صف المسلمين ، وقالا : أردنا بالاشارة : الأمان ؛

الثالثة : إذا سلم عليه فى الصلاة ، يرد بالاشارة :

الرابعة : قال : أنت طالق ، وأشار بأصبعين ، أو ثلاث ، وقصد وقع ماأشار به :

فإن قال : مع ذلك ، هكذا : وقع بلا نية :

ولو قال : أنت هكذا ، ولم يقل « طالق » ففى تعليق القاضى حسين : لايقع شىء .

وفى فتاوى القفال : إن نوى الطلاق طلقت ، كما أشار .

وإن لم ينو أصل الطلاق : لم يقع شىء :

وحكى وجه : أنه يقع ماأشار ، من غير نية ، وما قاله القفال أظهر :

ولو قال : أنت . ولم يزد ، وأشار : لم يقع شىء أصلا ، لأنه ليس من ألفاظ الكنايات :

فلو اعتبر : كان اعتبار النية وحدها بلا لفظ :

الخامسة

الإشارة بالطلاق : نية كناية فى وجه . لكن الأصح خلافه :

ولو قال لإحدى زوجتيه : أنت طالق وهذه : ففى افتقار طلاق الثانية إلى نية : وجهان :

ولو قال : امرأتى طالق ، وأشار إلى إحداهما ، ثم قال : أردت الأخرى ، قبل فى الأصح :

السادسة

لو أشار المحرم إلى صيد ، فصيد : حرم عليه الأكل منه ، لحديث « هل منكم أحد أمره أن يحمل عليها ، أو أشار إليها » ، فلو أكل ، فهل يلزمه الجزاء ؟ قولان ، أظهرهما : لا :

فرع

من المشكل : مانقله الرافعى عن التهذيب : أن ذبيحة الأخرس تحل إن كانت له إشارة مفهمة ، وإلا فقولان ، كالمجنون :

والذى ينبغى القطع بحل ذبيحته ، سواء كانت له إشارة مفهمة أم لا ، إذ لا مدخل لذلك فى قطع الحلقوم والمرىء .

وقد قال الشافعى فى المختصر : ولا بأس بذبيحة الأخرس :

فرع

قال الأسنوى : إشارة الأخرس بالقراءة ـ وهو جنب ـ كالنطق ، صرح به القاضى حسين فى فتاويه ، وعموم كلام الرافعى فى الصلاة يدل عليه .

وفى المطلب : ذكروا فى صفة الصلاة : أن الأخرس يجب عليه تحريك لسانه ؛

قال : فليحرم عليه إذا كان جنبا تحريك اللسان بالقرآن ؛

فرع

المعتقل لسانه ، واسطة بين الناطق والأخرس ؛

فلو أوصى فى هذه الحالة باشارة مفهمة ، أو قرىء كتاب الوصية ؛ فأشار برأسه ، أن نعم : صحت ؛

فرع

اشترط النطق فى الامام الأعظم ، والقاضى ، والشاهد ؛ وفيهما وجه ؛

فرع

علق الطلاق بمشيئة أخرس ، فأشار بالمشيئة ، وقع ؛

فإن كان حال التعليق ناطقا ، فخرس بعد ذلك ؛ ثم أشار بالمشيئة ، وقع أيضا فى الأصح إقامة لإشارته مقام النطق المعهود فى حقه ؛

ولو أشار ـ وهو ناطق ـ لم يقع على الأصح ؛

تنبيه

حيث طلبت الاشارة من الناطق وغيره . لم يقم مقامها شىء ، كالإشارة بالمسبحة فى التشهد ، والإشارة إلى الحجر الأسود ؛ والركن اليمانى عند العجز عن الاستلام ؛

قاعدة

إذا اجتمعت الاشارة والعبارة ، واختلف موجبهما : غلبت الاشارة ؛

وفى ذلك فروع

منها : مالو قال أصلى خلف زيد ، أو على زيد هذا ـ فبان عمرا ؛ فالأصح : الصحة وكذا : على هذا الرجل ، فبان امرأة ؛

ولو قال : زوجتك فلانة هذه ، وسماها بغير اسمها : صح قطعا ؛ وحكى فيه وجه ؛

ولو قال : زوجتك هذا الغلام ؛ وأشار إلى بنته : نقل الرويانى عن الأصحاب صحة النكاح ، تعويلا على الاشارة ؛

ولو قال : زوجتك هذه العربية ؛ فكانت عجمية ؛ أو هذه العجوز ؛ فكانت شابة أو هذه البيضاء ؛ فكانت سوداء ، أو عكسه ؛ وكذا المخالفة فى جميع وجوه النسب ، والصفات ؛ والعلو ؛ والنزول ، ففى صحة النكاح قولان ؛ والأصح : الصحة ؛

ولو قال : بعتك دارى هذه ، وحددها ، وغلط فى حدودها ؛ صح البيع ؛ بخلاف مالو قال : بعتك الدار الّتى فى المحلة الفلانية ؛ وحددها ، وغلط ؛ لأن التعويل هناك على الاشارة ؛

ولو قال : بعتك هذا الفرس ؛ فكان بغلا ، أو عكسه ؛ فوجهان ، والأصح هنا : البطلان ؛

قال فى شرح المهذب : إنما صحح البطلان هنا ، تغليبا لاختلاف غرض المالية ؛ وصحح الصحة فى الباقى ، تغليبا للاشارة ؛

وحينئذ فيستثنى هذه الصورة من القاعدة ؛

ويضم إليها : من حلف لايكلم هذا الصبى ، فكلمه شيخا ؛ أو لايأكل هذا الرطب فأكله تمرا ، أو لايدخل هذه الدار ، فدخلها عرصة ؛ فالأصح : أنه لايحنث ؛

ولو خالعها على هذا الثوب الكتان ؛ فبان قطنا ، أوعكسه ؛ فالأصح : فساد الخلع ويرجع بمهر المثل ؛

ولو قال : خالعتك على هذا الثوب المروى ، أو وهو هروى ؛ فبان خلافه ؛ صح ؛ ولا رد له ، بخلاف مالو قال : على أنه هروى . فبان مرويا ؛ فانه يصح ، ويملكه . وله الخيار ؛ فان رده رجع إلى مهر المثل . وفى قول : قيمته .

ولو قال : إن أعطيتنى هذا الثوب ـ وهو هروى ـ فأنت طالق ؛ فأعطته ؛ فبان مرويا ، لم يقع الطلاق ؛ لأنه علقه باعطائه ، بشرط أن يكون هرويا ، ولم يكن كذلك . فكأنه قال : إن كان هرويا ؛

ولو قال : إن أعطيتنى هذا الهروى ؛ فأعطته ، فبان مرويا ، فوجهان .

أحدهما : لاتطلق ، تنزيلا له على الاشتراط ؛ كما سبق ؛

والثانى : تقع البينونة ، تغليبا للاشارة ؛

قال الرافعى : وهذا أشبه ، وصححه فى أصل الروضة ؛

ثم فرق بين قوله : وهو هروى ، فى « إن أعطيتنى » حيث أفاد الاشتراط ، فلم يقع الطلاق .

وفى « خالعتك » حيث لم يفده ؛ فلا رد له بأنه دخل فى « إن أعطيتنى » على كلام غير مستقل ، فيتقيد بما دخل عليه ؛

وتمامه بالفراغ من قوله « فأنت طالق » .

وأما قوله : خالعتك على هذا الثوب ، فكلام مستقل : فجعل قوله بعده « وهو هروى » جملة مستقلة : فلم تتقيد بها الأولى .

ولو قال : لا آكل من هذه البقرة ، وأشار إلى شاة حنث بأكل لحمها . ولا تخرج على الخلاف فى البيع ونحوه . لأن العقود يراعى فيها شروط وتقييدات لاتعتبر مثلها فى الأيمان ، فاعتبر هنا الاشارة ، وجها واحدا :

ولو قال : إن اشتريت هذه الشاة ، فلله على أن أجعلها أضحية ، فاشتراها : فوجهان :

أحدهما : لايجب ، تغليبا للاشارة ، فانه أوجب المعينة قبل الملك :

والثانى : يجب تغليبا لحكم العبارة ، فانه عبارة نذر ، وهو متعلق بالذمة ، كما لو قال : إن اشتريت شاة فلله على جعلها أضحية ، فانه نذر مضمون فى الذمة : فاذا اشترى شاة لزمه جعلها أضحية :

القول فى الملك

وفيه مسائل

الأولى فى تفسيره

قال ابن السبكى : هو حكم شرعى يقدر فى عين أومنفعة ، يقتضى تمكن من ينسب إليه ، من انتفاعه ، والعوض عنه من حيث هو كذلك :

فقولنا « حكم شرعى » لأنه يتبع الأسباب الشرعية :

وقولنا «يقدر» لأنه يرجع إلى تعلق إذن الشرع ، والتعلق عدمى ، ليس وصفا حقيقيا بل يقدر فى العين أو المنفعة ، عند تحقق الأسباب المفيدة للملك .

وقولنا « فى عين ، أو منفعة » لأن المنافع تملك كالأعيان :

وقولنا « يقتضى انتفاعه » يخرج تصرف القضاة ، والأوصياء : فانه فى أعيان أو منافع لايقتضى انتفاعهم ، لأنهم لايتصرفون لانتفاع أنفسهم ، بل لانتفاع المالكين :

وقولنا « والعوض عنه » يخرج الاباحات فى الضيافات ، فان الضيافة مأذون فيها ، ولا تملك :

ويخرج أيضا : الاختصاص بالمساجد ، والربط ، ومقاعد الأسواق ، إذ لاملك فيها مع التمكن من التصرف .

وقولنا « من حيث هو كذلك » إشارة إلى أنه قد يتخلف لمانع لعرض ، كالمحجور عليهم ، لهم الملك وليس لهم التمكن من التصرف ، لأمر خارجى :

الثانية

قال فى الكفاية : أسباب التملك ثمانية :

المعاوضات ؛ والميراث ؛ والهبات ؛ والواصايا ؛ والوقف ؛ والغنيمة ؛ والإحياء ؛ والصدقات ؛

قال ابن السبكى : وبقيت أسباب أخر ؛

منها ، تملك اللقطة بشرطه ؛

ومنها : دية القتيل ، يملكها أولا ؛ ثم تنقل لورثته ، على الأصح ؛

ومنها : الجنين : الأصح : أنه يملك الغرة .

ومنها : خلط الغاصب المغصوب بماله ، أو بمال آخر لايتميز ، فإنه يوجب ملكه إياه ؛

ومنها : الصحيح : أن الضيف يملك مايأكله ؛ وهل يملك بالوضع بين يديه ، أو فى الفم أو بالأخذ ، أو بالازدراد يتبين حصول الملك قبيله ؟ أوجه ؛

ومنها : الوضع بين يدى الزوج المخالع على الاعطاء .

ومنها : ماذكره الجرجانى فى المعاياة : أن السابى إذا وطىء المسبية كان متملكا لها ، وهو غريب عجيب ؛

قلت : الأخير - إن صح - داخل فى الغنيمة ، والذى قبله داخل فى المعاوضات ؛ كسائر صور الخلع ، وكذا الصداق ؛

وأما مسئلة الضيف : فيلبغى أن يعبر عنها بالاباحة : لتدخل هى وغيرها من الاباحات التى ليست بهبة ، ولا صدقة. ويعبر عن الدية والغرة بالجناية . ليشمل أيضا دية الأطراف والمنافع والجرح والحكومات ؛

وقد قلت قديما :

وفى الكفاية أسباب التملك خذ	ثمانيا ، وعليها زاد من لحقه
الارث ، والهبة ، الاحيا ، الغنيمة ، والمـ	ـعاوضات ، الوصايا ، الوقف ، والصدقه
والوضع بين يدى زوج مخالعها	والضيف ، والخلع للمغصوب والسرقه
كذا الجناية مع تمليك لقطته	والوطء للسبى فيما قال من سبقه
قلت : الأخيرة إن صحت فداخلة	فى الغنم ؛ والخلع فى التعويض كالصدقه

الثالثة

قال العلائى : لايدخل فى ملك الانسان شىء بغير اختياره ، إلا فى الارث اتفاقا ، والوصية ؛ إذا قيل : إنها تملك بالموت ، لابالقبول ؛ والعبد ، إذا ملك شيئا ، فانه يصح قبوله بغير إذن السيد ، فى أحد الوجهين ؛ فيدخل فى ملك السيد بغير اختياره ؛ وكذلك غلة

الموقوف عليه ، ونصف الصداق إذا طلق قبل الدخول ؛ والمعيب إذا رد على البائع به ، وأرش الجناية ، وثمن النقص إذا تملكه الشفيع : والمبيع إذا تلف قبل القبض ، دخل الثمن فى ملك المشترى ، وكذلك بما ملكه من الثمار ، والماء النابع فى ملكه : وما يسقط فيه من الثلج ، أو ينبت فيه من الكلأ ؛ ونحوه :

قلت : وما يقع فيه من صيد ، وصار مقدورا عليه ، بتوحيل وغيره ، على وجه ؛ والابراء من الدين ، إذا قلنا : إنه تمليك لايحتاج إلى قبول ، فى الأصح المنصوص ، ولا يرتد بالرد على الأصح فى زوائد الروضة :

الرابعة

المبيع ونحوه من المعاوضات يملك بتمام العقد :

فلو كان خيار مجلس ، أو شرط : فهل الملك فى زمن الخيار للبائع ، استصحابا لما كان أو المشترى ، لتمام البيع بالايجاب والقبول ، أو موقوف إن تم البيع ، بان أنه للمشترى من حين العقد ، وإلا فللبائع ؟ أقوال :

وصحح الأول فيما إذا كان الخيار للبائع وحده :

والثانى : إذا كان للمشترى وحده :

والثالث : إذا كان لهما :

وهذه المسئلة من غرائب الفقه ، فان لها ثلاثة أحوال ، وفى كل حال ثلاثة أقوال ، وصحيح فى كل حال من الثلاثة :

ويقرب منها : الأقوال فى ملك المرتد :

فالأظهر : أنه موقوف : إن مات مرتدا بان زواله من الردة ؛ وإن أسلم بان أنه لم يزل لأن بطلان أعماله : يتوقف على موته مرتدا ، فكذلك ملكه .

والثانى : أنه يزول بنفس الردة ؛ لزوال عصمة الاسلام ، وقياسا على النكاح .

والثالث : لا ، كالزانى المحصن :

قال الرافعى : والخلاف فى زوال ملكه يجرى أيضا فى ابتداء التملك إذا اصطاد ، واحتطب ، فعلى الزوال لايدخل فى ملكه ، ولا يثبت الملك فيه لأهل الفىء ، بل يبقى على الاباحة ، كما لايملك المحرم الصيد إذا اصطاده ، ويبقى على الاباحة ، وعلى مقابله يملكه ، كالحربى ، وعلى الوقف موقوف :

ويقربُ من ذلك أيضا : ملك الموصى له الموصى به ، وفيه أقوال :

أحدها : يملك بالموت :

والثانى : بالقبول ، والملك قبله للورثة ، وفى وجه : للميت :

والثالث : - وهو الأظهر - موقوف : إن قبل ، بان أنه ملكه بالموت ، وإلا بان أنه كان للوارث .

ويقرب من ذلك أيضا : الموهوب ، وفيه أقوال :

أظهرها : يملك بالقبض ، وفى القديم بالعقد ، كالمبيع .

والثالث : موقوف : إن قبضه ، بان أنه ملكه بالعقد .

ويقرب من ذلك أيضا :

الأقوال فى أن الطلاق الرجعى ، هل يقطع النكاح ؟

ففى قول : نعم ، وفى قول : لا .

وفى قول موقوف ، إن راجع بان بقاء النكاح ، وإلا بان زواله من حين الطلاق .

فوائد

الخلاف ينبنى عليه فى المبيع ، والموصى به : كسب العبد ، وما فى معناه ، كاللبن ، والبيض ، والثمرة ، ومهر الجارية الموطوءة بشبهة ، وسائر الزوائد ، فهى مملوكة لمن له الملك ، وموقوفة عند الوقف .

وينبنى عليه أيضا : النفقة ، والفطرة ، وسائر المؤن ، كما صرح به الرافعى فى الموصى به ، وابن الرفعة فى المبيع ، خلافا لقول الجيلى : إنها على قول الوقف عليهما ، أو ينبنى على الخلاف فى المرتد صحة تصرفاته :

فعلى الزوال : لا يصح منه بيع ، ولا شراء ، ولا إعتاق ، ولا وصية ، ولا غيرها .

وعلى مقابله : هو ممنوع من التصرف ، محجور عليه ، كحجر المفلس ، فيصح منه ما يصح من المفلس ، دون غيره .

وعلى الوقف : يوقف كل تصرف يحتمل الوقف ، كالعتق والتدبير والوصية .

وما لا يقبله : كالبيع والهبة والكتابة ونحوها باطلة .

ولا يصح نكاحه ولا إنكاحه لسقوط ولايته .

وفى وجه : أنه يجوز أن يزوج أمته ، بناء على بقاء الملك .

وعلى الأقوال كلها : يقضى منه دين لزمه قبلها .

وقال الاصطخرى : لا ، بناء على الزوال وينفق عليه منه .

وفى وجه : لا ، بناء على الزوال وينفق على زوجات وقف نكاحهن ، وقريب ويقضى منه غرامة ما أتلفه فى الردة .

وفى وجه : لا ، بناء على الزوال .

تنبيـــه

دخل فيما ذكرناه

أولا : الإجارة ، فتملك الأجرة أيضا بنفس العقد ، سواء كانت معينة أو فى الذمة ؛ كما صرح به القاضى حسين وغيره ؛

ويملك المستأجر المنفعة فى الحال أيضا ، وتحدث على ملكه ؛

وفى البحر : وجه غريب ، أنها تحدث على ملك المؤجر ؛

وبنى على ذلك : إجارة العين من مؤجرها بعد القبض ؛

فان قلنا : تحدث على ملك المؤجر ، لم يجز لئلا يؤدى إلى أنه يملك منفعة ملكه كما لا يتزوج بأمته ، وإن قلنا : يحدث على ملك المستأجر ، جاز.

فصل

وفيما يملك به القرض قولان مستنبطان ، لا منصوصان ؛

أظهرهما : بالقبض والثانى : بالتصرف ؛

قال الرافعى : ومعناه أنه إذا تصرف تبين ثبوت ملكه قبله ، كذا جزم به ؛

وفى البسيط وجه : أنه يستند الملك إلى العقد .

قلت : فعلى هذا فيه أيضا ثلاثة أقوال ؛

ثالثها : الوقف فان تصرف ، بان أنه ملكه بالعقد وإلا فلا ؛

ثم المراد : كل تصرف يزيل الملك ، وقيل يتعلق بالرقبة ، وقيل : يستدعى الملك ، وقيل : يمنع رجوع البائع عند الإفلاس والواهب ؛

فعلى الأوجه : يكفى البيع والهبة والإعتاق والإتلاف ، ولا يكفى الرهن والتزويج ؛ والإجارة والطحن والخبز والذبح على الأول ؛

ويكفى ما سوى الإجارة على الثانى ، وما سوى الرهن على الثالث ؛

فصل

يملك العامل حصته فى المساقاة : بالظهور على المذهب ، وفى القراض قولان :

أحدهما : كذلك ، والأظهر بالقسمة .

والفرق : أن الربح فى القراض وقاية لرأس المال بخلاف الثمرة ، وينبنى على القولين : الزكاة ؛

فعلى الثانى : يلزم المالك زكاة الجميع ، فان أخرجها من ماله حسبت من الربح ؛

وعلى الأول : يلزم المالك زكاة رأس المال ، وحصته من الربح . ويلزم العامل زكاة حصته للخلطة ؛

ولو كان فى المال جارية فوطئها العامل وأحبلها ، فعلى الثانى لايثبت الاستيلاد وعلى الأول يثبت فى نصيبه ويقوم عليه الباقى إن كان موسرا .

فصل

ما يملك بالاحياء باب واسع ، والكتاب الخامس به أجدر .

فصل

فى الملك ، فى رقبة الموقوف أقوال :

أصحها : أنه انتقل إلى الله .

والثانى : أنه للموقوف عليه .

والثالث : باق على ملك الواقف .

وقيل : إن كان الوقف على معين ، فهو ملكه قطعا .

فصل

دية القتيل ، هل تثبت لورثته ابتداء عقب هلاك المقتول ، أو بقدر دخولها فى ملكه فى آخر جزء من حياته ، ثم تنتقل إلى الورثة ؟ قولان : أظهرهما الثانى .

قال الرافعى : لأنها تنفذ منها وصاياه وديونه ، ولو كانت للورثة لم يكن كذلك .

قال الشيخ برهان الدين بن الفركاح : وكلامه يقتضى الاتفاق على أنه يقضى منها الديون والوصايا .

وفى البيان : أن الشيخ أبا إسحاق صرح بذلك : أى الاتفاق ، وأن الذى يقتضى المذهب أنه ينبنى على القولين متى تجب الدية .

ومن الفروع المبنية عليهما :

مالو أذن له فى قتله ، فقتله أو فى قطعه ، فسرى .

فان قلنا : يجب للورثة ابتداء : وجبت الدية وإلا فلا .

ولو جنى المرهون على نفس من يرثه السيد خطأ أو عفا على مال . فان قلنا : يجب للورثة ابتداء ، لم يثبت مال فيبقى رهنا وإلا فوجهان يجريان فيما لو جنى على طرفه وانتقل إلى سيده بالارث .

وقد نقل فى الشرح والروضة : أن أصحهما عند الصيدلانى والامام ، أنه لايثبت كما لايثبت ابتداء ، وأن العراقيين قطعوا بالثبوت ، ويباع فيه .

وصحح الرافعى فى النكاح الثانى .

وفى الشرح الصغير الأول .

فصل

ويملك الارث بمجرد الموت ، ولو كان على التركة دين على الصحيح :

والقديم : أن الدين يمنع انتقال التركة إلى ملك الوارث .

وهل يمنع انتقال قدره أوكلها ؟ قولان : فيالشرح بلا ترجيح ؛

وينبني على القولين : مالو حدث فيالتركة زوائد ، فعلى الصحيح : لايتعلق بها حق الغرماء ، وعلى الآخر يتعلق :

وينبنى عليهما أيضا :

مسئلة

وقعت فيأيام ابن عدلان وابن اللبان وابنالقماح والسبكى والسنكلوى: وابن الكتانى ؛ و بن الأنصارى ، وابن البلغيائى:

وهى : مالوكان الدين للوارث ، فهل يسقط منه بقدر مايلزمه أداؤه من ذلك الدين لوكان لأجنبى ؟ حتى لو كان جائزا والدين بقدر التركة سقط كله :

فأفتى جماعة : بأن لاسقوط وبأنه أخذ التركة إرثا ، والدين باق فى ذمة الميت ، لأن التركة دخلت فيملكه بمجرد الموت ، إذ الدين لايمنع الارث فلا يثبت لهفيملكه شيء :

وأفتى جماعة بالسقوط وقالوا : إنه يؤثرفىنقصانمجموع المأخوذ ، فيكونأخذ قدر الدين عن دينه لاإرثا ، والباقى إرث :

وهؤلاء استندوا إلى تقديم الدين على الارث ، مع القول بأنه يمنع الارث .

وأفتى السبكى بالسقوط وعدم التأثير بالنقصان وألف فى ذلك كتابا سماه (منية الباحث عن دين الوارث) ولخصه فيفتاويه .

فقال : يسقط من دين الوارث مايلزمه أداؤه من ذلك الدين ، لوكانلأجنبى ، وهو نسبة إرثه من الدين ، إن لم يزد الدين على التركة ، ومما يلزم الورثة أداؤه منه إن زاد :

ويرجع على بقية الورثة ببقية مايجب أداؤه منه على قدر حصصهم .

وقد يفضى الأمر إلى التقاص إذا كان الدين لوارثين ، فاذاكان الوارث حائزا أو لادين لغيره ودينه مساوللتركة أوأقل سقط وإن زاد سقط مقدارها ويبقى الزائد ، ويأخذ التركة فيالأحوال إرثا ، ويقدر أنه أخذها دينا لأن جهة الملك أقوى ولا يتوقف على شيء وجهة الدين تتوقف على إقباض أو تعويض ؛ وهما متعذران لأن التركة ملكه :

لكنا نقدر أخذها ، وإلالما برئت ذمة الميت ، تقديرا محضا لاوجود له :

ولو كان مع الدين الحائز دين أجنبى ، قدرنا الدينين الأجنبيين ، فاخص دين الوارث سقط واستقر نظيره ، كدينارين له ودينار لأجنبى ، والتركة ديناران ، فله دينار وثلث

إرثا ، وسقط نظيره وبقى له فى ذمة الميت ثلثا دينار ، ويأخذ الأجنبى ثلثى دينار ويبقى له ثلث دينار .

ولو كان الوارث ثنين لأحدهما ديناران ولآخر دينار ، فلصاحب الدينارين من ديناره الموروث ثلثاه ، ومن دينار أخيه ثلثه ، والثلث الباقى من ديناره مقاصص به أخاه فيجتمع له دينار وثلث ، ولأخيه ثلثان ومجموعهما ديناران ، وهو اللازم لهما ، لأن الذى يلزم الورثة أداؤه أقل الأمرين : من الدين ومقدار التركة .

ولو كان زوجة وأخ والتركة أربعون والصداق عشرة ، فلها عشرة إرثا وسبعة ونصف من نصيب الأخ دينا ، وسقط لها ديناران ونصف نظير ربع إرثها ، ازدحم عليه جهتا الارث والدين .

ولو قلنا : أن السبعة ونصفا من أصل التركة ، لسقط ربعها المختص بها ، وهلم جرا إلى أن لا يبقى شيء ، ولأنه لو عاد له ثلاثة أرباع الاثنين ونصف لكان بغير سبب ولزاد إرثه ونقص إرثها عما هو لها .

وقد بان بهذا : أنه لا يختلف المأخوذ ، وسواء أعطيت الدين أولا ، أم بعد القسمة .

والحاصل لها على التقديرين سبعة عشر ونصف .

والطريق الأول : هو الذى عليه عمل الناس ، وهو أوضح وأسهل يتمشى على قول من يقول : إن التركة لا تنتقل قبل وفاء الدين .

والطريق الثانى : أدق ، وهو مبنى على أن التركة تنتقل قبل وفاء الدين ، وهو الصحيح .

ويترتب عليه : أنه لا يجوز لها أن تدعى ، ولا تحلف إلا على النصف والربع ، وكذا لا تتعوض ولا تقبض ولا تبرئ إلا من ذلك .

قال : وأما ما زاد على قدر التركة ، فلا يسقط ومن تخيل ذلك فهو غالط .

فان قلت : ما ادعيته من السقوط لا بد فيه من الاستناد إلى شيء من كلام الأصحاب وإلا فقد ظن بعض الناس أن بالسقوط يتفاوت المأخوذ ، وظن آخرون أن لا سقوط أصلا

قلت : أما من ظن أن لا سقوط أصلا ، فكلامه متجه إذا قلنا : التركة لا تنتقل .

فان قلنا بالانتقال ، فلا .

وأما من ظن التفاوت ، فليس بشيء .

وأما كلام الأصحاب الدال على ما قلناه ، ففى موضعين .

أحدهما : فى الجراح ، إذا خلف زوجته حاملا وأخا لأب ، وعبدا ، فجنى عليها فأجهضت .

قالوا : يسقط من حق كل واحد من الغرة ما يقابل ملكه ، لأنه لا يثبت للإنسان على ملكه حق .

وذكروا طريقين فى كيفية السقوط :

أحدهما : طريقة الامام والرافعى : أنه يسقط نصيب الأخ كله لأنه أقل من ملكه : ومن نصيب الأم مايقابل ملكها ، وهو الربع ويبقى لها نصف سدس الغرة ، يرجع به على الأصح :

وأصحهما طريقة الغزالى : أنه يسقط من حقها من الغرة ربعه ، لأنه المقابل لملكها ومن حقه ثلاثة أرباعه ويبقى لها سدس الغرة ، ولها عليه نصف سدسها ، والواجب فى الفداء أقل الأمرين ، وربما لاتفى حصتها بأرشها وتفى حصته بأرشه ، فاذا سلمت : تعطل عليه مازاد ولم يتعطل عليها :

مثاله : الغرة ستون وقيمة العبد عشرون ، وسلما : ضاع عليه خمسة وصار له خمسة ولها خمسة عشر .

الموضع الثانى
فى الاجارة

آجر دارا من ابنه بأجرة قبضها واستنفقها ومات عقب ذلك عنه وعن ابن آخر ، وقلنا تنفسخ الاجارة فى نصيب المستأجر ، فمقتضى الانفساخ فيه الرجوع بنصف الأجرة يسقط منه نسبة إرثه ، وهو الربع ويرجع على أخيه بالربع فى هذين الموضعين يؤخذ ماذكرناه من السقوط ، انتهى كلام السبكى فى فتاويه :

فصل
يملك الصداق بالعقد

لا أعلم فى ذلك خلافا عندنا :

فلو مات ، أو أفلس ، وعليه صداق لزوجة دخل بها ، وصداق لأخرى ، لم يدخل بها لم يقدم المدخول بها ، بل يستويان ، كما أفتيت به : تخريجا من هذه القاعدة :

وأما النصف العائد بالطلاق ، ففيه أوجه : أصحها : أنه يملكه بنفس الطلاق :

والثانى : أنه لا يملكه ، إلا باختيار التملك :

والثالث : لا يملك ، إلا بقضاء القاضى :

وينبنى على الأوجه : الزوائد الحادثة بعد الطلاق :

فصل
فى ملك الغانمين

الغنيمة : أوجه أصحها : لا يملكون إلا بالقسمة ، أو اختيار التملك ، لأنهم لو ملكوا لم يصح إعراضهم ولا إبطال حقهم عن نوع بغير رضاهم :

ولا شك أن الامام : أن يخص كل طائفه بنوع من المال ؛

والثانى : يملكون بالحيازة ، والاستيلاء التام ، لأن الاستيلاء على ماليس بمعصوم من المال سبب للملك . ولأن ملك الكفار زال بالاستيلاء : ولو لم يملكوا لزال الملك إلى غير مالك : لكنه ملك ضعيف ، يسقط بالاعراض :

الثالث : موقوف : إن سلمت الغنيمة ، حتى قسموها : بان أنهم ملكوا بالاستيلاء وإن تلفت ، أوأعرضوا . تبينا عدم الملك .

وحينئذ فهذه المسئلة من نظائر المسائل المتقدمة ؛

المسئلة الخامسة

فى الاستقرار

يستقر الملك فى المبيع ، ونحوه : من المسلم فيه ، والمصالح عليه ، والصداق المعين بالتسليم :

وتستقر الأجرة فى الاجارة : بالاستيفاء ، وبقبض العين المستأجرة ،وإمساكها حتى مضت مدة الإجارة ، أومدة إمكان السير إلى الموضع الذى استأجر للركوب إليه .وإن لم ينتفع : وسواء إجارة العين والذمة :

وتستقر فى الاجارة الفاسدة : أجرة المثل بذلك :

قال الأصحاب : ويستقر الصداق بواحد من شيئين : الوطء ، والموت:

وأورد فى المهمات عليهم : أنه لابد من القبض فى المعين أيضا ، لأن المشهور أن الصداق قبل القبض مضمون ضمان عقد ، كالبيع ، فكما قالوا : إن المبيع قبل القبض ، غير مستقر وإن كان الثمن قد قبض : فكذلك الصداق :

وأجيب : بأن المراد بالاستقرار هنا : الأمن من سقوط المهر ، أو بعضه بالتشطر .

وفى المبيع : الأمن من الانفساخ .

فالمبيع : إذا تلف : انفسخ البيع :

والصداق المعين ، إذا تلف قبل القبض : لم يسقط المهر ، بل يجب بدل البضع ، فافترق البابان :

ذكره الشيخ ولى الدين فى نكته ؛

وقال القاضى جلال الدين البلقينى : لم يبين الأصحاب معنى الاستقرار فى باب الصداق ، حتى خفى معناه على بعض المتأخرين ؛ فما ورد عليهم أنه لابد من قبض المعين :

وليس الأمر كذلك ، فإن معنى الاستقرار فى الصداق : عيناكان ، أو دينا : الأمن ، من تشطره بالفراق قبل الدخول ، ومن سقوطه كله بالفرقة من جهتها قبله ؛

وهذا الاستقرار يكون فى الصداق المعين ، والذى فى الذمة ، وجميع الديون التى فى الذمة بعد لزومها ، وقبض المقابل لها : مستقرة إلا دينا واحدا : هو دين السلم فإنه وإن كان لازما فهو غير مستقر وإنما كان غير مستقر لأنه بصدد أن يطرأ انقطاع المسلم فيه ؛ فينفسخ العقد ؛

فمعنى الاستقرار فى الديون اللازمة من الجانبين : الأمن من فسخ العقد ، بسبب تعذر حصول الدين المذكور ، لعدم وجود جنسه : وامتناع الاعتياض عنه ؛ وذلك مخصوص بدين السلم : دون بقية الديون ؛

وأما دين الثمن بعد قبض المبيع : فانه أمن فيه الفسخ المذكور ، وإن تعذر حصوله بانقطاع جنسه جاز الاعتياض عنه ، وكذا الفسخ بسبب رد بعيب ، أو إقالة ، أو تحالف ، اهـ ؛

المسئلة السادسة

الملك : إما للعين والمنفعة معا ، وهو الغالب ؛ أو للعين فقط ، كالعبد الموصى بمنفعته أبدا رقبته ملك للوارث ؛ وليس له شىء من منافعه ، وعليه نفقته ومؤنته ؛ ولا يصح بيعه لغير الموصى له ، ويصح له إعتاقه ، لا عن الكفارة ، ولا كتابته ؛ وله وطؤها إن كانت ممن لا تحبل ، وإلا فلا ؛

وفى كل من ذلك خلاف ؛

وإما للمنفعة فقط ، كمنافع العبد الموصى بمنفعته أبدا ، وكالمستأجر ، والموقوف على معين ؛

وقد يملك الانتفاع دون المنفعة كالمستعير ؛ والعبد الذى أوصى بمنفعته مدة حياة الموصى له ؛ وكالموصى بخدمته وسكناها ؛ فان ذلك إباحة له ، لا تمليك ؛

وكذا الموقوف على غير معين ، كالربط ، والطعام المقدم للضيف ؛

وكل من ملك المنفعة ، فله الاجارة ، والإعارة ؛

ومن ملك الانتفاع ، فليس له الإجارة قطعا ، ولا الاعارة فى الأصح ؛

ونظير ذلك : الأمة المزوجة : إذا وطئت بشبهة ، أو إكراه ، فان مهرها للسيد ؛ لأنه مالك البضع ، لا للزوج . لأنه لم يملكه ، بل ملك الانتفاع به ؛

وكذا الحرة : إذا وطئت بشبهة : مهرها لها ، لا لزوجها ؛ فانه ملك الانتفاع ببعضها دونه ؛

قال العلائى : ومن ذلك أيضا : الإقطاع « على الرأى المختار » فان المقطع لم يملك إلا أن ينتفع ، بدليل الاسترجاع منه ، متى شاء الإمام . فليس له الإجارة ، إلا أن يأذن له الإمام أو يستقر العرف بذلك . كما فى الإقطاعات بديار مصر :

قال : وهذا هو الذى كان يفتى به شيخنا برهان الدين ، وكمال الدين ، وهو اختيار شيخهما تاج الدين الفزارى :

والذى أفتى به النووى : صحة إجارة الإقطاع : وشبهه بالصداق قبل الدخول .

قال العلائى : وفى ذلك نظر ، لأن الزوجة ملكت الصداق بالعقد ملكا تاما ، وإذا قبضته كان لها التصرف فيه بالبيع وغيره ، والإقطاع ليس كذلك :

وقد قال الرافعى : إن الوصية بالمنافع اذا كانت مطلقة أو مقيدة بالتأبيد أو بمدة معينة كالسنة مثلا يكون تمليكا لها بعد الموت ، فتصح إجارتها وإعارتها ، والوصية بها وتنتقل عن الموصى له بموته إلى ورثته :

ثم قال : أما إذا قال أوصيت لك بمنافعه مدة حياتك فهو إباحة وليس بتمليك وليس له الاجارة ، وفى الاعارة وجهان :

وإذا مات الموصى له رجع الحق إلى ورثة الموصى :

وهذه المسألة أشبه شىء بالاقطاع ، لأنه مقيد صرفا بحياة المقطع ، وإذا مات بطل بل هو أضعف من الوصية ، لأنه قد يسترجع منه فى حياته بخلاف الوصية اهـ :

خاتمة

فى ضبط المال والمتمول

أما المال ، فقال الشافعى رضى الله عنه : لايقع اسم مال إلا على ماله قيمة يباع بها وتلزم متلفه ، وإن قلت ومالا يطرحه الناس ، مثل الفلس وما أشبه ذلك انتهى.

وأما المتمول : فذكر الامام له فى باب اللقطة ضابطين .

أحدهما : أن كل مايقدر له أثر فى النفع فهو متمول ، وكل مالا يظهر له أثر فى الانتفاع فهو لقلته خارج عما يتمول :

الثانى : أن المتمول هو الذى يعرض له قيمة عند غلاء الأسعار .

والخارج عن المتمول : هو الذى لايعرض فيه ذلك :

القول فى الدين

اختص بأحكام

الأول : جواز الرهن به فلا يصح بالأعيان المضمونة بحكم العقد كالمبيع والصداق أو بحكم اليد ، كالمغصوب والمستعار والمأخوذ على جهة السوم أو بالبيع الفاسد .

وفي وجه ضعيف : يجوز كل ذلك ؛

لكن في فتاوى القفال : لو وقف كتابا وشرط أن لايعار إلا برهن ، اتبع شرطه ؛

وقال السبكي في تكملة شرح المهذب :

فرع

حدث في الأعصار القريبة وقف كتب ، يشترط الواقف أن لاتعار إلا برهن أو لاتخرج من مكان تحبيسها إلا برهن ، أو لاتخرج أصلا ؛

والذي أقول في هذا إن الرهن لايصح بها لأنها عين مأمونة في يد موقوف عليه ؛

ولا يقال لها عارية أيضا ، بل الآخذ لها إن كان من الوقف استحق الانتفاع ويده عليها يد أمانة ، فشرط أخذ الرهن عليها فاسد ، وإن أعطاه كان رهنا فاسدا ويكون في يد خازن الكتب أمانة ، لأن فاسد العقود في الضمان كصحيحها ، والرهن أمانة ؛

هذا إذا أريد الرهن الشرعي .

وإن أريد مدلوله لغة ، وأن يكون تذكرة فيصح الشرط لأنه غرض صحيح ، وإذا لم يعلم مراد الواقف ، فيحتمل أن يقال بالبطلان في الشرط المذكور حملا على المعنى الشرعي ويحتمل أن يقال بالصحة حملا على اللغوى وهو الأقرب تصحيحا للكلام ما أمكن ؛

وحينئذ لايجوز إخراجها بدونه ، وإن قلنا : ببطلانه لم يجز إخراجها به لتعذره ولا بدونه ، إما لأنه خلاف شرط الواقف وإما لفساد الاستثناء فكأنه قال : لاتخرج مطلقا ؛

ولو قال ذلك ، صح لأنه شرط فيه غرض صحيح ، لأن إخراجها مظنة ضياعها ؛

بل يجب على ناظر الوقف أن يمكن كل من يقصد الانتفاع بتلك الكتب في مكانها ؛

وفي بعض الأوقاف يقول : لاتخرج إلا بتذكرة ، وهذا لابأس به ولا وجه لبطلانه ؛

وهو كما حملنا عليه قوله «إلا برهن» في المدلول اللغوى ، فيصح :

ويكون المقصود : أن تجويز الواقف الانتفاع لمن يخرج به مشروط بأن يضع في خزانة الوقف مايتذكر هو به إعادة الموقوف ، ويتذكر الخازن به مطالبته فينبغي أن يصح هذا .

ومتى أخذه على غير هذا الوجه الذي شرطه الواقف ، فيمتنع ولا نقول : بأن تلك التذكرة تبقى رهنا ، بل له أن يأخذها ، فاذا أخذها طالبه الخازن برد الكتاب ، ويجب عليه أن يرده أيضا بغير طلب ؛

ولا يبعد أن يحمل قول الواقف «الرهن» على هذا المعنى حتى يصحح إذا ذكره بلفظ الرهن ، تنزيلا للفظ على الصحة ما أمكن ؛

وحينئذ يجوز إخراجه بالشرط المذكور ويمتنع بغيره ولكن لايثبت له أحكام الرهن ولا يستحق منعه ، ولا بدل الكتاب الموقوف ، إذا تلف بغير تفريط ، ولو تلف بتفريط

ضمنه ولكن لايتعين ذلك المرهون لوفاته ، ولا يمتنع على صاحبه التصرف فيه انتهى ؟

الثانى : صحة الضمان بها أداء ؟

فأما الأعيان ، فان لم تكن مضمونة على من هى فى يده ، كالوديعة والمال فى يد الشريك والوصى والوكيل ، فلايصح ضمانها قطعا وإن كانت مضمونة صح ضمان ردها على المذهب ولايصح ضمان قيمتها لو تلفت على الصحيح ، لأنها قبل التلف غير واجبة .

الثالث قبول الأجل ، فلا يصح تأجيل الأعيان .

ولو قال : اشتريت بهذه الدراهم على أن أسلمها فى وقت كذا : لم يصح ، لأن الأجل شرع رفقا للتحصيل ، والمعين حاصل .

فوائد

الأولى

ليس فى الشرع دين لايكون إلا حالا ، إلا رأس مال السلم وعقد الصرف ، والربا فى الذمة ، والقرض وكل مال متلف قهرى والأجرة فى إجارة الذمة ، وفرض القاضى مهر المثل على الممتنع فى المفوضة ، وعقد كل نائب أو ولى لم يؤذن له فى التأجيل لفظا أو شرعا .

وليس فيه دين لايكون إلا مؤجلا ، إلا الكتابة والدية .

وليس فيه دين يتأجل ابتداء بغير عقد ، إلا فى الفرض للمفوضة إذا تراضيا ؟

الثانية

ما فى الذمة لايتعين إلا بقبض مكلف بصير ، إلا فى صورتين :

الأولى : إذا خالعها على طعام فى الذمة وأذن فى صرفه لولده منها ه

والأخرى : النفقة التى فى الذمة ، إذا أنفق على زوجة صغيرة أو مجنونة بإذن الولى ، برئ ، وإن لم يقبض المكلف .

الثالثة

الأجل : لايحل قبل وقته إلا بموت المديون ؟

ومنه : موت العبد المأذون وقتل المرتد وباسترقاقه إذا كان حربيا وبالجنون على ما وقع فى الروضة ، والأصح خلافه ؟

ويستثنى من الموت : المسلم الجانى ولا عاقلة له ، تؤخذ الدية من بيت المال مؤجلة . ولا تحل بموته .

ولو اعترف وأنكرت العاقلة ، أخذت منه مؤجلة فلو مات لم تحل فى وجه ؟

ولو ضمن الدين مؤجلا ومات ، لم يحل فى وجه والأصح فيهما الحلول .؟

ولا تحل بموت الدائن بلا خلاف ، إلا فى صورة على وجه .

وهي : ماإذا خالعها على إرضاع ولده منها ، وعلى طعام وصفه فى ذمتها ، وذكر تأجيله وأذن فى صرفه للصبي ، ثم مات المختلع وكذا يحل بموت الصبي على وجه ؛

ولا يحل بموت ثالث غير الدائن والمدين ، على وجه إلا فى هذه الصورة ؛

الرابعة

الحال لايتأجل إلا فى مدة الخيار ، وأما بعد اللزوم فلا ؛

واستثنى الروياني والمتولى : ماإذا نذر أن لايطالبه إلا بعد شهر أو أوصى بذلك ؛

قال البلقيني : والتحقيق لااستثناء ، فالحلول مستمر ، ولكن امتنع الطلب لعارض ، كالإعسار .

على أن صورة النذر استشكلت ، فانه إن كان معسرا فالإنظار واجب .

والواجب : لايصح نذره ، أو موسرا قاصدا للأداء لم يصح لأن أخذه منه واجب.

ولا يصح إبطال الواجب بالنذر ؛

وقيد فى المطلب مسئلة الوصية : بأن تخرج من الثلث ، لقولهم فى البيع بمؤجل : يحسب كله من الثلث إذا لم يحل منه شيء قبل موته .

تذنيب

قال فى الرونق : الأجل ضربان : أجل مضروب بالشرع وأجل مضروب بالعقد ؛

فالأول : العدة والاستبراء والهدنة واللقطة والزكاة والعنة والإيلاء والحمل والرضاع والخيار والحيض والطهر والنفاس واليأس والبلوغ ومسح الخف والقصر ؛

والثاني أقسام

أحدها : مالايصح إلا بالأجل ، وهو الإجارة والكتابة ؛

والثاني : مايصح حالا ومؤجلا ؛

والثالث : مايصح بأجل مجهول ولا يصح بمعلوم ، وهو الرهن والقراض والرقبى والعمرى ؛

والرابع : مايصح بهما ، وهو العارية والوديعة .

الحكم الرابع

لايصح بيع الدين بالدين قطعا

واستثنى منه : الحوالة للحاجة .

وأما بيعه لمن هو عليه ، فهو الاستبدال وسيأتي ؛

وأما لغير من هو عليه بالعين ، كأن يشترى عبد زيد بمائة له على عمرو ، ففيه قولان أظهرهما فى الشرحين والمحرر والمنهاج : البطلان ، لأنه لايقدر على تسليمه :

والثانى : يجوز كالاستبدال ، وصححه فى الروضة من زوائده :

وشرطه على ماقال البغوى ثم الرافعى : أن يقبض كل منهما فى مجلس العقد ماانتقل إليه فلو تفرقا قبل قبض أحدهما ، بطل العقد :

قال فى المطلب : ومقتضى كلام الأكثرين خلافه ، ثم ذكر فيه أن بيع الدين الحال على معسر أو منكر ـ ولا بينة له عليه ـ لايصح جزما :

وكما لايصح بيع الدين ، لايصح رهنه ولا هبته على الصحيح :

مايجوز فيه الاستبدال ، ومالا يجوز

لايجوز الاستبدال عن دين السلم ، لامتناع الاعتياض عنه ويجوز عن دين القرض ، وبدل المتلف مثلا ، وقيمته وثمن المبيع والأجرة والصداق وعوض الخلع وبدل الدم .

قال الأسنوى : وكذا الدين الموصى به والواجب بتقدير الحاكم فى المتعة أو بسبب الضمان وكذا زكاة الفطرة إذا كان الفقراء محصورين وغير ذلك :

قال : وفى الدين الثابت بالحوالة : نظر يحتمل تخريجه على أنها بيع أم لا ، ويحتمل أن ينظر إلى أصله ، وهو المحال به فيعطى حكمه .

وحيث جاز الاستبدال ، جاز عن المؤجل حالا ، لاعكسه .

ثم إن استبدل موافقا فى علة الربا ، شرط قبضه فى المجلس لاتعيينه فى العقد أو غيره ، شرط تعيينه فى المجلس لافى العقد ولا قبضه .

قال فى المطلب : وعلى هذا فقولهم ، إن مافى الذمة لايتعين إلا بالقبض ، محمول على مابعد اللزوم :

أما قبله : فيتعين برضاهما وينزل ذلك منزلة الزيادة والحط :

قال الأسنوى : وهذا الذى قاله جيد ، وهو يقتضى إلحاق زمن خيار الشرط فى ذلك بخيار المجلس :

الخامس

لاتجب فيه الزكاة إن كان ماشية ، وعللوه بأن السوم شرط ومافى الذمة لايوصف به :

واستشكله الرافعى : بأن المسلم فى اللحم يذكر أنه من راعية أو معلوفة ، فكما يثبت فى الذمة لحم راعية ، فلتثبت الراعية نفسها .

وأجاب القونوى : بأن المدعى اتصافه بالسوم المحقق وثبوتها فى الذمة سائمة أمر تقديرى ، ولاتجب فيه أيضا إن كان معسرا ، لأن شرطه الزهو فى ملكه ولم يوجد ، ولا إن كان نقدين ،

كتابة أو دينا آخر على المكاتب لعدم لزومه .

وأما إن كان عرضا ، ففي كتب الشيخين : أنه كالنقد .

وسوى في التتمة بينه وبين الماشية ، لأن ما في الذمة : لايتصور فيه التجارة وادعى نفي الخلاف.

وبذلك أفتى البرهان الفزاري : أنه لو أسلم في عرض ، بنية التجارة لم تجب فيه الزكاة.

قال : لأنه لم يتملكه ملكا مستقرا .

أما كونه غير مستقر ، فواضح :

وأما كون الاستقرار : شرط وجوب الزكاة ، فلقولهم في الأجرة : لايلزمه أن يخرج إلا زكاة ما استقر .

قال : والسلم أولى بعدم الوجوب من الأجرة ، لأنها مقبوضة ، يملك التصرف فيها بخلافه .

قال : وقول الرافعي : إن العرض تجب فيه الزكاة محمول على ما إذا ثبت في الذمة بالقرض انتهى .

وفي البحر ، والحاوي : المسلم فيه للتجارة ، لاتجب زكاته ، قولا واحدا. فاذا قبضه استأنف الحول .

قال في الخادم : وإذا قلنا بوجوبه ، فلا يدفع حتى يقبض: وهل يقوم بحالة الوجوب أو القبض ؟ فيه نظر .

والصواب : اعتبار أقل القيمتين كالأرش ، فإن الزكاة مواساة انتهى .

وأما النقد : فالجديد : وجوب الزكاة فيه ، ثم إن كان حالا وتيسر أخذه - بأن كان على مليء مقر حاضر باذل وجب إخراجها في الحال . وإن كان مؤجلا ، أو على معسر أو منكر ، أو مماطل ، لم تجب حتى يقبض .

قال الزركشي : وهل يتعلق به تعلق شركة ، كالأعيان ، أولا ؟ .

لم أر من صرح به :

فان قلنا به ، فهل يسمع دعوى المالك بالكل ، لأن له ولاية القبض ، لأجل أداء الزكاة ؟ وإذا حلف ، فهل يحلف على الكل ؟ أو يقول : إنه باق في ذمته ، وأنه يستحق قبضه ؟ ينبغي الثاني :

ما يمنع الدين وجوبه وما لا يمنع

فيه فروع

الأول : الماء في الطهارة ، يمنع الدين وجوب شرائه ؟

قال في الكفاية : ولا فرق بين الحال ، والمؤجل ؟

الثانى : السترة ، كذلك :

الثالث : الزكاة ، وفيها أقوال : أصحها : لايمنع وجوبها ، لأنها تتعلق بالعين ، والدين بالذمة:

فلا يمنع أحدهما الآخر ، كالدين ، وأرش الجناية ؛

والثانى : يمنع ، لأن ملكه غير مستقر ، لتسلط المستحق على أخذه ، وقيل : لأن مستحق الدين تلزمه الزكاة :

فلو أوجبنا على المديون أيضا، لزم منه تثنية الزكاة فى المال الواحد ؛

والثالث : يمنع فى الأموال الباطنة ، وهى : النقد ، وعروض التجارة ، دون الظاهرة .

وهى : الزروع : والثمار . والمواشى : والمعادن، لأنها تامة بنفسها ، وسواء كان الدين حالا أومؤجلا ، من جنس المال ، أوغيره ، لآدمى ، أولله : كالزكاة السابقة ، والكفارة والنذر:

الرابع : زكاة الفطر : نقل الإمام الاتفاق على أن الدين يمنع وجوبها ، كما أن الحاجة إلى صرفه فى نفقة القريب تمنعه ؛

قال : ولو ظن ظان أنه لايمنعه ، كما لايمنع وجوب الزكاة ماكان مبعدا ؛

ونقل النووى فى نكته على التنبيه : منع الوجوب عن الأصحاب : ومشى عليه فى الحاوى الصغير ، لكن صحح الرافعى فى الشرح الصغير : أنه لايمنع ، وهو مقتضى كلامه فى الكبير.

الخامس : الحج يمنع الدين وجوبه حالا : كان ، أو مؤجلا ؛

وفى وجه : إن كان الأجل ينقضى بعد رجوعه من الحج : لزمه ، وهو شاذ ؛

السادس : الكفارة ، والظاهر أن الدين يمنع وجوب الاعتاق ؛

ولم أر من صرح به ، إلا أن الأذرعى فى القوت قال : ينبغى أن تكون كالحج ؛

السابع : العقل ، ويمنع تحمله أيضا فيما يظهر ؛

الثامن : نفقة القريب ؛

التاسع : سراية الاعتاق ، لايمنعها الدين فى الأظهر :

فلو كان عليه دين بقدر مافى يده ، وهو قيمة الباقى ، قوم عليه ، لأنه مالك له نافذ تصرفه ، ولهذا لو اشترى به عبدا وأعتقه نفذ ؛

والثانى : لا ؛ لأنه غير موسر ؛

تتمة

والأصح : أن لا يمنع ملك الوارث التركة كما تقدم ، ولا صحة الوصية ، ولا شراء القريب ؛

ويمنع نفوذ الوصية ، والتبرع ، وتصرف الوارث فى التركة ؛ حتى يقبضه ، وجواز الصدقة ، مالم يرج وفاء .

ما ثبت فى الذمة بالاعسار ، وما لا يثبت

قال فى شرح المهذب : الحقوق المالية الواجبة لله تعالى ثلاثة أضرب ؛

ضرب يجب ، لا بسبب مباشرة من العبد ؛ كزكاة الفطر ؛ فإذا عجز عنه وقت الوجوب : لم يثبت فى ذمته ، فلو أيسر بعد ذلك ، لم يجب ؛

وضرب : يجب بسبب من جهته ، على جهة البدل ؛ كجزاء الصيد ، وفدية الحلق ، والطيب ، واللباس فى الحج ، فاذا عجز عنه وقت وجوبه وجب فى ذمته ، تغليبا لمعنى الغرامة ، لأنه إتلاف محض ؛

وضرب : يجب بسبب مباشرة ؛ لا على جهة البدل ، ككفارة الجماع فى رمضان ، وكفارة اليمين ، والظهار ، والقتل ، ودم التمتع ، والقران ، والنذر ، وكفارة قوله « أنت على حرام » ففيها قولان مشهوران . أصحهما : يثبت فى الذمة ، فمتى قدر عليه : لزمه ؛
والثانى : لا ، وتشبيهها بجزاء الصيد أولى من الفطرة ، لأن الكفارة مؤاخذة على فعله ، كجزاء الصيد ، بخلاف الفطرة ؛ انتهى ؛

قلت : ولو لزمت الفدية الشيخ الهرم عن الصوم ؛ وكان معسرا ؛ ففى الروضة ، وأصلها : قولان فى ثبوتها فى ذمته ، كالكفارة .

قال فى شرح المهذب : وينبغى أن يكون الأصح هنا : أنها تسقط ، ولا تلزمه إذا أيسر ، كالفطرة ، لأنه عاجز حال التكليف بالفدية ، وليست فى مقابلة جناية ، بخلاف الكفارة .

فالأقسام على هذا أربعة .

وفى الجواهر للقمولى : لو نذر الصدقة كل يوم بكذا ؛ فمرت أيام وهو معسر ؛ ثبتت فى ذمته ؛

ولو ماتت زوجته وهو غائب ؛ فجهزت من مالها ؛ لم يثبت فى ذمة الزوج ؛ أفتى به القاضى جلال الدين البلقينى .

تذنيب

من الغريب قول القاضى حسين : إن الطلاق يثبت فى الذمة ؛

قال السبكى : حكيت مرة لابن الرفعة . فقال : عمرى ماسمعت ثبوت طلاق فى الذمة ؛

قال : ولا شك أن ابن الرفعة سمعه ، وكتبه مرات ؛

لكنه لغرابته ونكارته ، لم يبق على ذهنه ؛

ويتفرع على ذلك فروع

مايقدم على الدين ، وما يؤخر عنه

قال فى الروضة ، وأصلها فى الأيمان : إذا وفت التركة بحقوق الله ، وحقوق الآدميين قضيت جميعا ؛ وإن لم تف ، وتعلق بعضها بالعين ، وبعضها باللذمة : قدم المتعلق بالعين سواء اجتمع النوعان ، أو انفرد أحدهما . وإن اجتمعا ، وتعلق الجميع بالعين ، أو بالذمة فهل يقدم حق الله تعالى ، أو الآدمى ، أو يستويان ؟ فيه أقوال ؛ أظهرها : الأول ؛

ولا تجرى هذه الأقوال فى المحجور عليه بفلس ، إذا اجتمع النوعان ؛ بل تقدم حقوق الآدمى ، وتؤخر حقوق الله تعالى مادام حيا اه ؛

ومن أمثلة ماتجرى فيه الأقوال

اجتماع الدين مع الزكاة ، أو الفطرة ، أو الكفارة ، أو النذر ، أو جزاء الصيد ، أو الحج ؛ كما صرح به فى شرح المهذب ؛

والأصح فى الكل : تقديمها على الدين ؛

وكذا : سراية العتق ، مع الدين ؛

وصححا فى اجتماع الجزية ، مع الدين : التسوية ؛ لأنها فى معنى الأجرة ؛ فالتحقت بدين الآدمى ؛

ومن اجتماع حقوق الله تعالى فقط

الزكاة . والكفارة . والحج

قال السبكى : والوجه أن يقال : إن كان النصاب موجودا قدمت الزكاة ، وإلا فيستويان ؛

تذنيب

فيما تقدم عند الاجتماع من غير الديون

اجتمع محدث ؛ وجنب ؛ وحائض ؛ وذو نجاسة ؛ وميت ، وهناك ماء مباح ؛ أو موصى

به لأحوج الناس إليه ، ولا يكفى إلا أحدهم . قدم الميت على الجميع . لأنه خاتمة أمره ، فخص بأكمل الطهارتين . ولأن القصد من غسله تنظيفه ، ولا يحصل التراب .
والقصد من طهارة الأحياء : استباحة الصلاة ، وهو حاصل بالتيمم .
ويقدم بعده من عليه نجاسة ، لأنه لابدل لطهارته ، ثم الحائض ، لأن حدثها أغلظ .
وفى وجه : يقدم الجنب عليها ، لأن غسله منصوص عليه فى القرآن ، ولاختلاف الصحابة فى صحة تيمم الجنب دونها .
وفى وجه : يستويان ، فيقرع بينهما . وقيل : يقسم .
ويقدم الجنب على المحدث ، إن لم يكف الماء واحدا منهما ، أو كفى كلا منهما ، أو كفى الجنب فقط ، وإن كفى المحدث فقط : قدم .
فان كان معهم ظامىء ، قدم على الميت : ابقاء الروح .
اجتمع مغتسل لجمعة ، وغسل الميت : فان قلنا : غسل الجمعة آكد : قدم ، أو غسل الميت : قدم .
اجتمع حدث ، وطيب : وهو محرم . فان أمكن غسل الطيب بعد الوضوء ، فذاك وإلا قدم غسل الطيب ، لأنه لابدل له ، والوضوء له بدل .
ولو كان نجاسة ، وطيب : قدمت النجاسة ، لأنها أغلظ ، وتبطل الصلاة بخلافه .
اجتمع كسوف ، وجمعة : أو فرض آخر : فان خيف فوت الفرض قدم . لأنه أهم وإلا قدم الكسوف فى الأظهر ، لأنه يخشى فواته بالانجلاء ، ثم يخطب للجمعة متعرضا للكسوف : ثم يصلى الجمعة ، ولا يحتاج إلى أربع خطب .
اجتمع عيد ، وكسوف ، وجنازة : قدمت الجنازة ، خوفا من تغير الميت .
ولو اجتمع جمعة ، وجنازة ، فكذلك ، إن لم يضق الوقت . فان ضاق ، قدمت الجمعة : لأنها فرض عين . وقيل : الجنازة ، لأن للجمعة بدلا .
اجتمع كسوف ، ووتر ، أو تراويح . قدم الكسوف مطلقا .
أو كسوف ، وعيد ، وخيف فوت العيد : قدم ، وإلا فالكسوف .
اجتمع فى زكاة الفطر : رجل ، وزوجته ، وولده الصغير ، والكبير ، والأب ، والأم ، ولم يجد إلا بعض الصيعان ، ففى المسئلة عشرة أوجه ، حكاها فى شرح المهذب .
أصحها : تقديم نفسه ، ثم زوجته ، ثم ولده الصغير ، ثم الأب ، ثم الأم ، ثم ولده الكبير .
والثانى : يقدم الزوجة على نفسه ، لأن فطرتها تجب بحكم المعاوضة .
والثالث : يبدأ بنفسه ، ثم بمن شاء .
والرابع : يتخير .

والخامس : يخرجه موزعا على الجميع ؛
والسادس : يخرجه عن أحدهم ، لابعينه ؛
والسابع : يقدم الأم على الأب ؛
والثامن : يستويان ، فيتخير بينهما ؛
والتاسع : يقدم الابن الكبير على الأبوين ، لأن النص ورد بنفقته ، والفطرة تتبعها ؛
والعاشر : يقدم الأقارب على الزوجة ، لأنه قادر على إزالة سبب الزوجية بالطلاق ، بخلاف القرابة ؛
ولو اجتمع المذكورون فى النفقة ، قدموا على ماذكر ، إلا أن الأم تقدم فيها على الأب ، فى الأصح : لأن النفقة شرعت لسد الخلة ، ودفع الحاجة ، والأم أكثر حاجة ، وأقل حيلة ، والفطرة لم تشرع لدفع ضرز المخرج عنه : بل لتشريفه ، وتطهيره : والأب أحق بهذا ، فانه منسوب إليه ، ويشرف بشرفه ؛
ولو اجتمع فى الفطرة اثنان فى رتبة : تخير ؛
قال الرافعى : ولم يتعرضوا للاقراع ، وله فيه مجال كنظائره ؛
اجتمع على رجل حدود ، فان كانت لله تعالى ، قدم الأخف فالأخف : فيقدم حد الشرب ، ثم جلد الزنا ، ثم قطع السرقة ، أو المحاربة : ثم قتل الردة ؛
وإن كانت لآدمى ، فكذلك : فيقدم حد القذف ، ثم القطع ، ثم القتل .
فلو اجتمع مستحق قطع ، أو قتل : قدم من سبقت جنايته ؛
فان جهل ، أو جنى عليهم معا أقرع ؛
وإن اجتمع الصنفان ، قدم حد القذف على جلد الزنا ، لأنه حق آدمى ، وقيل : لأنه أخف ؛
وينبنى عليها : اجتماع حد الشرب والقذف ، فعلى لأصح : يقدم القذف ، وعلى الثانى : الشرب ؛
ويجريان فى اجتماع القطع ، والقتل قصاصا : مع جلد الزنا ؛
فعلى الأصح : يقدمان عليه :
ولو اجتمع قتل القصاص ، والردة ، والزنا قدم القصاص قطعا ؛ وقيل فى الزنا : يقتل رجما باذن الولى ، ليتأدى الحقان ؛
ولو اجتمع قتل الزنا ، والردة ، لم يحضرنى فيه نقل ؛
والذى يظهر : أنه يرجم . لأنه يحصل مقصودهما ، بخلاف مالو قتل بالسيف ، فانه يحصل قتل الردة ، دون الزنا ؛

فرع

ويقرب من هذه المسائل : مسائل اجتماع الفضيلة ، والنقيصة :

فنها : الصلاة أول الوقت بالتيمم ، وآخره بالوضوء ، والأظهر : استحباب التأخير إن تيقن الوضوء ، والتقديم إن ظنه ، أو جوز وجوده ، أو توهمه :

قال إمام الحرمين : والخلاف فيمن أراد الاقتصار على صلاة واحدة ، فان صلى أوله بالتيمم وآخره بالوضوء فهو النهاية فى تحصيل الفضيلة :

ومنها : الصلاة أول الوقت منفردا ، وآخره جماعة ، وفى الأفضل طرق :

قطع أكثر العراقيين : باستحباب التأخير ، وأكثر الخراسانيين باستحباب التقديم :

وقال آخرون : حكمه حكم الماء ، فان تيقن الجماعة آخره : فالتأخير أفضل ، وإلا فالتقديم :

قال النووى : وقد ثبت فى صحيح مسلم : أن النبى صلى الله عليه وسلم أخبر « أنه ستجىء أئمة ، يؤخرون الصلاة عن أول وقتها . قال : فصلوا الصلاة لوقتها ، واجعلوا صلاتكم معهم نافلة » :

قال : فالذى نختاره : أن يصلى مرتين ، فان اقتصر على واحدة ، فان تيقن حصول الجماعة فالتأخير أفضل ، لتحصيل شعارها الظاهر ، ولأنها فرض كفاية :

وفى وجه : فرض عين ، ففى تحصيلها : خروج من الخلاف :

قال : ويحتمل أن يقال : إن فحش التأخير ، فالتقديم أفضل : وإن خف ، فالانتظار أفضل :

ومنها : الصلاة أول الوقت عاريا ، أو قاعدا ، وآخره مستورا ، أو قائما : وفيها الخلاف فى المتيمم :

ومنها : الصلاة أول الوقت قاصرا ، وآخره مقيما ، يصلى قاصرا . بلا خلاف : نقله فى شرح المهذب ، عن صاحب البيان :

ومنها : لو خاف فوت الجماعة إن أسبغ الوضوء ، فادراكها أولى من الانحباس لإكماله نقله النووى عن صاحب الفروع . وقال : فيه نظر :

ومنها : لو خاف فوت الركعة إن مشى إلى الصف الأول : قال فى شرح المهذب : لم أر فيه لأصحابنا ، ولا لغيرهم شيئا :

والظاهر : أنه إن خاف فوت الركعة الأخيرة حافظ عليها ، وإن خاف فوت غيرها مشى إلى الصف الأول ، للأحاديث الصحيحة فى الأمر باتمامه ، والازدحام عليه :

ومنها : لوقدر أن يصلي في بيته قائما منفردا ، ولو صلي مع الجماعة احتاج أن يقعد في بعضها : فالأفضل الانفراد ، محافظة على القيام : ذكره الشافعي والأصحاب :

ومنها : لوضاق الوقت على سنن الصلاة :

قال البغوي في فتاويه ، ماحاصله : إن السنن التي تجبر بالسجود يأتي بها ، بلا إشكال :

وأما غيرها ، فالظاهر : الاتيان بها أيضا ، لأن الصديق كان يطول القراءة في الصبح حتى تطلع الشمس :

قال : ويحتمل أن لايأتي بها ، إلا إذا أدرك الركعة :

قال الأسنوي : وفيما قاله نظر :

ومنها : لوضاق الماء والوقت ، عن استيعاب سنن الوضوء : وجب الإختصار على الواجبات ، صرح به النووي في شرح التنبيه :

ومنها : لواجتمع في الإمامة الأفقه ، والأقرأ ، والأورع والأصح : تقديم الأفقه عليهما ، لاحتياج الصلاة إلى مزيد الفقه ، لكثرة عوارضها ، وقيل : بالتساوي لتعادل الفضيلتين :

ولو اجتمع السن والنسب ، فالأظهر : تقديم السن ، لأنه صفة في نفسه ، والنسب صفة في آبائه .

ولو اجتمعا مع الهجرة ، فالجديد : تقديمهما : واختار النووي : تقديم الهجرة عليهما وصححه في المهذب .

ولو اجتمع الأعمى والبصير . فقيل : الأعمى أولى ، لأنه أخشع ، إذ لاينظر إلى مايلهيه . وقيل : البصير ، لأنه أكثر تحفظا من النجاسات : والأصح : أنهما سواء لتعادلهما .

ولو اجتمع في صلاة الجنازة الحر البعيد ، والعبد القريب ، والحر غير الفقيه ، والعبد والفقيه فالأصح فيهما تقديم الحر .

والثالث : يستويان ، لتعادلهما :

وقريب من هذه المسائل : الخصال المعتبرة في الكفاءة ، هل يقابل بعضها ببعض؟ الأصح : المنع ، فلا يكافئ رقيق عفيف : حرة فاسقة ، ولا حر معيب ، رقيقة سليمة ، ولا عفيف دنيء النسب : فاسقة شريفة :

وفى نظير المسئلة من القصاص : لاتقابل جزما ، فلا يقاد عبد مسلم بكافر حر ، بلا خلاف :

خاتمة

لايقدم فى التزاحم على الحقوق أحد ، إلا بمرجح :

وله أسباب :

أحدها : السبق ، كجماعة ماتوا ؛ وهناك مايكفى أحدهم ، قدم أسبقهم موتا :

والمستحاضة : ترى الدم بصفتين مستويتين ، فيرجح الأسبق :

وكالازدحام فى الدعوى ، والإحياء ، والدرس :

ولو وكل رجلا فى بيع عبده ، وآخر فى عتقه ، قال الدبيلى : من سبق فله الحكم :

ثانيها : القوة ، فلو أقر الوارث بدين ، وأقام الآخر بينة بدين ، والتركة لا فى بهما قال صاحب الإشراف : يقدم دين البينة :

ثالثها : القرعة فى مواضع كثيرة ، كازدحام الأولياء فى النكاح ، والعبيد فى العتق ، والمقتصين فى الجانى عليهم معا :

القول فى ثمن المثل

وأجرة المثل ، ومهر المثل ، وتوابعها

أما ثمن المثل : فقد ذكر فى مواضع :

فى شراء الماء فى التيمم ، وشراء الزاد ، ونحوه فى الحج ، وفى بيع مال المحجور ، والمفلس والموكل ، والممتنع من أداء الدين ، وتحصيل المسلم فيه ، ومثل المغصوب ، وإبل الدية ، وغيرها :

ويلحق بها ، كل موضع اعتبرت فيه القيمة ، فانها عبارة عن ثمن المثل :

ونبدأ بذكر حقيقته ، فنقول :

يختلف باختلاف المواضع : والتحقيق أنه راجع إلى الاختلاف فى وقت اعتباره ، أو مكانه :

الموضع الأول : التيمم

فذكروا فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه أجرة نقل الماء إلى الموضع الذى هذا المشترى فيه :

ويختلف ذلك ببعد المسافة وقربها :

الثانى : أنه قيمة مثله فى ذلك الموضع ، فى غالب الأوقات ، فان الشربة الواحدة فى وقت عزة الماء ؛ يرغب فيها بدنانير .

فلو كلفناه شراءه بقيمته فى الحال ، لحقته المشقة والحرج ؟

الثالث : أنه قيمة مثله فى ذلك الموضع فى تلك الحالة ، فان ثمن المثل يعتبر حالة التقويم :

وهذا هو الصحيح عند جمهور الأصحاب ، وبه قطع الدارمى وجماعة من العراقيين ونقله الامام ، عن الأكثرين ؟

قال : والوجه الأول بناه قائلوه على أن الماء لايملك ، وهو وجه ضعيف

قال : والثانى أيضا ليس بشىء :

قال : وعلى طريقة الأكثرين : الأقرب ، أن يقال : لايعتبر ثمن الماء عند الحاجة إلى سد الرمق ، فان ذلك لاينضبط ، وربما رغب فى الشربة حينئذ بدنانير ، ويبعد فى الرخص .

والتحقيقات : أن يوجب ذلك على المسافر ، ولـكن يعتبر الزمان والمكان ، من غير انتهاء الأمر إلى سد الرمق ؟

الموضع الثانى . الحج

جزم الأصحاب بأن ثمن المثل للزاد والماء : القدر اللائق به فى ذلك المكان ، والزمان :

هكذا : أطلقه عنهم الشيخان .

قال ابن الرفعة : وهذا الإطلاق إنما يستمر فى الزاد :

أما الماء : فينبغى جريان الأوجه المذكورة فى التيمم فيه :

قال : ويحتمل أن لايجرى الوجه القائل بقيمة الماء فى غالب الأحوال فيه ، وإنما جرى فى التيمم لتكرره :

وفى الوافى : ينبغى اعتبار ثمن المثل بما جرت به غالب العادة من ماضى السنين ، فان وجد بمثله لزمه ، وإلا فلا ، وإن عرض فى الطريق غلاء ، وبيع بأكثر من ثمن مثله ، فله الرجوع :

أما إذا كانت العادة : غلاء ثمن الماء والزاد ، فيلزمه الحج .

قال : ويمكن أن يقال : كل سنة تعتبر بنفسها : لـكن يعسر معرفة مقدار الثمن والزيادة قبل البلوغ إلى المنهل :

الموضع الثالث

الطعام والشراب حال المخمصة

وثمن المثل فيه : هو القدر اللائق به فى ذلك الزمان والمكان قطعا ، وكذا ثمن مثل

السترة ، والرقبة فى الكفارة، والمبيع بوكالة ، أو نحوها : والمسروق يعتبر فيه حال الشراء والبيع ، والسرقة ، ومكانه قطعا .

الموضع الرابع

المبيع : إذا تخالفا ، وفسخ ، كان تالفا يرجع إلى قيمته :

وفى وقت اعتبارها : أقوال ، أو وجوه :

أصحها : يوم التلف ، لأن مورد الفسخ : هو العين ، والقيمة بدل عنها ، فاذا فات الأصل تعين النظر فى القيمة إلى ذلك الوقت :

والثانى : يوم القبض ، لأنه وقت دخول المبيع فى ضمانه ، وما يعرض بعد ذلك من زيادة أو نقصان ، فهو فى ملكه :

والثالث : أقلهما ، لأنها إن كانت يوم العقد أقل فالزيادة حدثت فى ملك المشترى ، وإن كانت يوم القبض أقل ، فهو يوم دخوله فى ضمانه .

والرابع : أكثر القيم من القبض إلى التلف ، لأن يده يد ضمان :

والخامس : أقلها ، من العقد إلى القبض :

الموضع الخامس

اطلع فى المبيع على عيب ، واقتضى الحال الرجوع بالأرش ، وهو جزء من ثمنه ، باعتبار القيمة :

وفى اعتبارها طريقان :

المذهب : القطع باعتبار أقل قيمة من البيع إلى القبض لما تقدم فى تعليل الثالث فى المسئلة قبله :

والثانى : فيه أقوال :

أحدها : هذا :

والثانى : يوم البيع ، لأن الثمن قابل المبيع يومئذ :

والثالث : يوم القبض لما تقدم

تنبيه

قولى « أقل قيمة » تبعت فيه عبارة المنهاج ، وظاهرها : اقتضاء اعتبار النقصان الحاصل بين العقد والقبض ، وقد صرح به فى الدقائق :

قال الأسنوى : وهو غريب ، فانه ليس محكيا فى أصوله المبسوطة ، وجها ، فضلا عن اختياره :

وعبارة الروضة والشرحين : أقل القيمتين :

قال : وأيضا فلأن النقصان الحاصل قبل القبض إذا زال قبله ، لايثبت المشترى به الخيار فكيف يكون مضمونا على البائع ؟ .

نعم يوافق الأول قول الروضة وأصلها ، فيما إذا تلف الثمن ، ورد المبيع بعيب ، أو نحوه ، أنه يأخذ مثله ، أو قيمته أقل ماكانت من العقد ، إلى القبض ، ولا فرق بينهما :

وهذا هو الموضع السادس :

الموضع السابع

إذا تقايلا ، والمبيع تالف ، فالمعتبر : أقل القيمتين ، من يوم العقد ، والقبض : كذا جزم به فى أصل الروضة :

الثامن

المسلم فيه

إذا قلنا : يأخذ قيمته للحيلولة ، فيعتبر يوم المطالبة بالوضع الذى يستحق فيه التسليم . كما صححه فى الروضة من زوائده ،

وجزم الرافعى باعتبار بلد العقد :

التاسع

القرض

إذا جاز له أخذ القيمة بأن كان فى موضع لايلزمه فيه زيادة المثل ، وتعتبر قيمة بلد القرض يوم المطالبة :

وإذا قلنا إنه يرد فى المتقوم القيمة ، فالمعتبر قيمة يوم القبض. إن قلنا يملك به ، وكذا إن قلنا : يملك بالتصرف ، فى وجه :

وفى آخر : أكثر قيمة من القبض إلى التصرف ، وهو الأصح فى الشرحين ، وشرح الوسيط على هذا ،

العاشر

المستعار إذا تلف

وفى اعتباره أوجه :

أصحها قيمة يوم التلف . إذ لو اعتبرت يوم القبض أو الأقصى ، لأدى إلى تضمين الأجزاء المستحقة بالاستعمال ، وهو مأذون فيها :

والثانى : يوم القبض ، كالقرض :

والثالث : أقصى القيم : من القبض إلى التلف ، كالغصب : لأنها لو تلفت فى حال الزيادة لأوجبنا قيمته تلك الحالة :

الحادى عشر

المقبوض على جهة السوم : إذا تلف ، وفيه الأوجه فى المستعار :
لكن قال الامام: الأصح فيه قيمة يوم القبض : وقال غيره : الأصح يوم التلف .

الثانى عشر

المغصوب إذا تلف ، وهو متقوم

فالمعتبر : أقصى قيمة من الغصب إلى التلف بنقد البلد الذى تلف فيه ، لا أعلم فيه خلافا :

وقولنا « بنقد البلد الذى تلف فيه » كذا أطلقه الرافعى ، وهو محمول على ما إذا لم ينقله :
فان نقله قال فى الكفاية : فيتجه أن يعتبر نقد البلد الذى تعتبر القيمة فيه ، وهو أكثر البلدين قيمة ؛ كما فى المثلى إذا نقله ، وفقد المثل . فان غلب نقدان وتساويا : عين القاضى واحدا ؛ وإن كان مثليا ، وتعذر المثل أخذ القيمة .

وفى اعتبارها : أحد عشر وجها .

أصحها : أقصى القيم : من الغصب إلى تعذر المثل لأن وجود المثل كبقاء عين المغصوب . لأنه كان مأمورا بتسليمه ؛ كما كان مأمورا بتسليم العين ؛ فاذا لم يفعل : غرم أقصى قيمة فى المدتين ؛ كما أن المتقوم يضمن بأقصى قيمة لذلك ولا نظر إلى ما بعد انقطاع المثل ، كما لا نظر إلى ما بعد تلف المغصوب المتقوم .

والثانى : أقصاها من الغصب إلى التلف .

والثالث : الأقصى من التلف إلى التعذر .

وهما مبنيان على أن الواجب عند إعواز المثل : قيمة المغصوب لأنه الذى تلف على المالك أو قيمة المثل ، لأنه الواجب عند التلف .

وإنما رجعنا إلى القيمة لتعذره ، وفيه وجهان .

والرابع : الأقصى من الغصب إلى المطالبة بالقيمة لأن المثل لا يسقط بالإعواز بدليل أن له أن يصبر إلى وجدانه .

والخامس : الأقصى من التعذر إلى المطالبة ، لأن التعذر هو وقت الحاجة إلى العدول إلى القيمة ، فيعتبر الأقصى يومئذ :

والسادس : الأقصى من التلف إلى المطالبة ، لأن القيمة تجب حينئذ .

والسابع : قيمة يوم التلف ، قال فى المطلب ولعل توجيهه أن الواجب قيمة المثل على رأى ، فيعتبر وقت وجوبه ، لأنه لم يتعد فى المثل ، وإنما تعدى فى المغصوب ، فأشبه العارية :

والثامن : قيمة يوم التعذر ، لأنه وقت العدول إلى القيمة .

والتاسع : يوم المطالبة ، لأن الاعواز حينئذ يتحقق .

والعاشر : إن كان منقطعا في جميع البلاد ، فقيمة يوم التعذر ، وإن فقد هناك فقط ، فقيمته يوم المطالبة .

والحادى عشر : قيمته يوم أخذ القيمة ، حكاه الرافعى عن الشيخ أبي حامد ، وتوقف فيه .

وقال الأسنوى : إنه ثابت ، فقد حكاه عنه تلميذاه ، البندنيجى وسليم الرازى .

وحكى ابن الرفعة فى الكفاية : وجها ثانى عشر وهو ، اعتبار الأقصى من الغصب إلى يوم الأخذ ، ورجع عنه فى المطلب .

قال السبكى : وذلك لكونه غير منقول صريحا ولكنه ينشأ من كلام الأصحاب .

قال : وربما يترجح على سائر الوجوه ، فلا بأس بالمصير إليه ، انتهى .

هذا إن كان التلف ، والمثل موجود ، فان كان والمثل متعذر .

قال الرافعى : فالقياس أن يجب على الأول والثانى الأقصى من الغصب إلى التلف .

وعلى الثالث والسابع والثامن يوم التلف .

وعلى الخامس الأقصى من التلف إلى المطالبة ، والأوجه الباقية بحالها .

وهذه المسئلة من مفردات المسائل ، لكثرة مافيها من الأوجه .

الموضع الثالث عشر

التلف بلا غصب ، والمعتبر قيمته يوم التلف

لا أعلم فيه خلافا ، إلا إن كان تلفه سراية جناية سابقة ، فالمعتبر الأقصى منها ، نقله الرافعى عن القفال ، وأقره وجزم به فى المنهاج .

فان كان مثليا ، وهو موجود ، ولم يسلمه حتى تعذر ، فعلى الوجه الثانى قيمته يوم الإتلاف ، وعلى الأول والثالث ، الأقصى من الإتلاف إلى التعذر ، وعلى الرابع ، من الاتلاف إلى المطالبة .

والقياس عود الأوجه الباقية ، أو والمثل متعذر .

فعلى الأول والثانى والثالث والسابع والثامن ، قيمة يوم الاتلاف .

وعلى الرابع والخامس والسادس ، الأقصى من الاتلاف إلى المطالبة .

وعلى التاسع يوم المطالبة .

وعلى العاشر ، إن كان مفقودا فى جميع البلاد ، فيوم الاتلاف ، وإلا فيوم المطالبة .

الرابع عشر

المقبوض بالبيع الفاسد إذا تلف

والأصح ، أنه كالمغصوب ، يعتبر فيه الأكثر من القبض إلى التلف ، والثانى ، يوم القبض ، والثالث ، يوم التلف

الخامس عشر

إبل الدية إذا فقدت

قال فى أصل الروضة : والمفهوم من كلام الأصحاب اعتبار قيمتها يوم وجوب التسليم.

وقال الرويانى : إن وجبت الدية والإبل مفقودة ، اعتبرت قيمتها وم الوجوب وإن وجبت وهى موجودة ، فلم يؤد حتى أعوزت ، وجبت قيمتها يوم الاعواز .

وهل تعتبر قيمة موضع الوجود أوموضع الاعواز، لوكان فيه إبل ؟ وجهان الأصح الثانى .

السادس عشر

إذا جنى على عبد أو بهيمة أو صيد ، ثم جنى عليه آخر ولم يمت ؛

فان كان الثانى جنى بعد الاندمال ، لزم كلا نصف قيمته قبل جنايته . إن كانت الجناية بقطع يد العبد مثلا وإن كان قبل الاندمال لزم الثانى نصف ما أوجبنا على الأول ، لأن الجناية الأولى لم تستقر ، وقد أوجبنا نصف القيمة فكأنه انتقص نصف القيمة .

وإن مات من الجرحين - وكانت القيمة عند جرح الثانى ناقصة بسبب الأول - كأن جرح ماقيمته عشرة دنانير جراحة ، أرشها دينار ، ثم جرحه آخر جراحة أرشها دينار ففى الواجب عليهما ستة أوجه ؛

الأول : على الأول خمسة دنانير ، وعلى الثانى أربعة ونصف ، لأن الجرحين سريا ؛ وصارا قتلا ، فلزم كل واحد نصف قيمته يوم جنايته ، قاله ابن سريج :

وضعفه الأئمة : بأن فيه ضياع نصف دينار على المالك ؛

الثانى : قاله المزنى وأبو إسحاق والقفال ، يلزم كل واحد خمسة ؛

فلو نقصت جناية الأول دينارا والثانى دينارين ، لزم الأول أربعة ونصف ، والثانى خمسة ونصف ، أو نقصت الأولى دينارين والثانية دينارا فعكسه ؛

وضعف بأنه سوى بينهما مع اختلاف قيمته حال جنايتهما .

الثالث : يلزم الأول خمسة ونصف والثانى خمسة لأن جناية كل واحد نقصت دينارا ثم سرتا ، والأرش يسقط إذا صارت الجناية نفسا فيسقط عن كل واحد نصف الأرش

لأن الموجود منه نصف القتل؛

وضعف بأن فيه زيادة الواجب على قيمة المتلف.

الرابع : قاله أبو الطيب بن سلمة ، يلزم كل واحد نصف قيمته يوم جنايته ونصف الأرش، لكن لا يزيد الواجب على القيمة فيجمع ما لزمهما تقديرا ، وهو عشرة ونصف وتقسم القيمة - وهي عشرة - على العشرة والنصف ليراعى التفاوت بينهما فتبسط أنصافا فيكون أحدا وعشرين ، فيلزم الأول أحد عشر جزءا من أحد وعشرين جزءا من عشرة ويلزم الثانى عشرة من أحد وعشرين جزءا من عشرة.

وضعف بأفراد أرش الجناية عن بدل النفس.

الخامس : قاله صاحب التقريب وغيره ، واختاره الإمام والغزالى : يلزم الأول خمسة ونصفا والثانى أربعة ونصفا ، لأن الأول لو انفرد بالجرح والسراية لزمه العشرة ، فلا يسقط عنه إلا ما لزم الثانى ، والثانى إنما جنى على نصف ما يساوى تسعة؛

السادس : قاله ابن خيران واختاره صاحب الإفصاح وأطبق العراقيون على ترجيحه أنه يجمع بين القيمتين ، فيكون تسعة عشر ، فيقسم عليه ما فوت وهو عشرة ، فيكون على الأول عشرة أجزاء من تسعة عشر جزءا من عشرة ، وعلى الثانى : تسعة أجزاء من تسعة عشر جزءا من عشرة :

الموضع السابع عشر

سراية العتق

إن قلنا : تحصل باللفظ أو التبيين ، اعتبرت قيمة يوم الأعتاق؛

وإن قلنا : بالأداء فهل تعتبر قيمة يوم الإعتاق أو الأداء أو الأكثر منه إليه ؟ أوجه أصحها الأول؛

الموضع الثامن عشر

العبد إذا جنى ، وأراد السيد فداءه

قال البغوى : النص اعتبار قيمته يوم الجناية.

وقال القفال : ينبغى أن يعتبر يوم الفداء ، لأن ما نقص قبل ذلك لا يؤاخذ به السيد .

وحمل النص على ما إذا سبق من السيد منع من بيعه ثم نقص؛

وأما المستولدة : إذا جنت ، فالأصح : اعتبار قيمتها يوم الجناية ، والثانى : يوم الاستيلاد .

التاسع عشر

قيمة الولد إذا وجبت

تعتبر يوم وضعه ، ويجب فى صور:

منها : إذا غر بحرية أمة وولدت منه ، أو وطئ أمة غيره بشبهة أو وطئ أمته المرهونة وأحبلهما :

العشرون

الجنين الرقيق : فى إجهاضه عشر قيمة الأم

وفى اعتبارها وجهان :

أحدهما : قيمة يوم الإجهاض ، والأصح أكثر ما كانت من الجناية إلى الإجهاض .

أما جنين البهيمة : إذا ألقته حيا بجناية ثم مات فهل تجب قيمته حيا أو أكثر الأمرين من قيمته ومن نقص الأم بالولادة ؟ فيه قولان فى النهاية :

الحادى والعشرون

قيمة الصيد المتلف : فى الحرم أو الإحرام

يعتبر بمحل الإتلاف ، وإلا فبمكة يومئذ لأن محل الذبح مكة ، وإذا اعتبرت بمحل الإتلاف ؟ فهل يعتبر فى العدول إلى الطعام : سعره هناك أو بمكة ؟ احتمالان للإمام .

والظاهر : الثانى :

الثانى والعشرون

قيمة اللقطة ، إذا جاء صاحبها بعد التملك وهى تالفة

ويعتبر يوم التملك .

الثالث والعشرون

قيمة جارية الابن إذا أحبلها الأب بوطئه

ولم يصرح الشيخان بوقت اعتبارها والذى يفهم من كلامهم أنها لا تعتبر وقت الإيلاج لإيجابهم المهر معها ، بل يعتبر وقت الحكم بانتقالها إلى ملكه وفيه وجهان :

أحدهما : قبيل العلوق ، نقلاه عن ترجيح البغوى :

والثانى : معه واختاره الامام وتابعه النووى فى التنقيح :

الرابع والعشرون

قيمة المعجل فى الزكاة إذا ثبت الاسترداد وهو تالف

والمعتبر يوم القبض ، على الأصح .

والثانى : يوم التلف ؛

والثالث : أقصى القيم ؛

الخامس والعشرون

قيمة الصداق : إذا تشطر وهو تالف أو معيب

ولم يصرحوا بوقت اعتباره ؛

والجارى على القواعد

اعتبار وقت الطلاق ، لأنه وقت العود إلى ملكه ، والزيادة قبله على ملكها لاتعلق له بها ؛

ضابط

حاصل ماتقدم : أنه جزم باعتبار وقت التلف فى الاتلاف بلا غصب ، وفى معناه : إحبال أمة الولد ، كما قسته والاعتاق .

وباعتبار يوم القبض فى اللقطة ؛

وباعتبار الأقصى فى الغصب ؛

وباعتبار الأقل فى الاقالة ، وثمن المردود بالعيب ؛

وباعتبار المطالبة فى القرض المثلى ؛

وباعتبار الوجوب فى الولد والصداق ، كما قسته ؛

وصحح الأول فى التحالف والمستعار والمستام ؛

وصحح الثانى فى معجل الزكاة ؛

وصحح الثالث فى البيع الفاسد ، والجنين والرقيق ؛

وصحح الرابع فى الرجوع بالأرش ؛

وصحح الخامس فى السلم ؛

وصحح السادس فى إبل الدية والعبد الجانى والمستولدة الجانية ؛

فاحفظ هذه النظائر فانك لاتجدها مجموعة فى غير هذا الموضع ؛

مايجب تحصيله

بأكثر من ثمن المثل ، ومالايجب وما يجب بيعه بأقل منه ومالا

قال بعض المتأخرين : الزيادة اليسيرة على ثمن المثل لاأثر لها في كل الأبواب ، إلا في التيمم إذا وجد الماء يباع بزيادة يسيرة على ثمن مثله ، لم يلزمه مطلقا في الأصح ؛

قال في الخادم : ومثله شراء الزاد ونحوه في الحج ؛

وأما الزيادة الكثيرة ، وهي التي لايتغابن الناس بمثلها ، ففيها فروع :

الأول : المسلم فيه يجب تحصيله ولو بأكثر من ثمن المثل إذا لم يوجد إلا به ،ولا ينزل ذلك منزلة الانقطاع ، جزم به الشيخان ؛

قال السبكي في فتاويه : وعلى قياسه إذا لم يوجد من يشتري مال المديون ، إلا بدون قيمته ، يجب بيعه والوفاء منه ؛

الثاني : إذا تلف المغصوب المثلي ، ولم يوجد مثله إلا بأكثر من ثمن المثل ؛

ففي وجوب تحصيله وجهان ، رجح كلا منهما مرجحون ؛

وصحح النووي : عدم الوجوب ، لأن الموجود بأكثر من ثمنه كالمعدوم ، كالرقبة وماء الطهارة ؛

وتخالف العين حيث يجب ردها ، وإن لزم في مؤنتها أضعاف قيمتها ، فانه تعدى فيها دون المثل ؛

قال السبكي : وفي تصحيحه نظر لتعديه ؛

الثالث : لو أسلم عبد لكافر ، أمر بإزالة الملك عنه ، ولو لم يجد من يشتريه إلا بأقل من ثمن المثل ، مما لايتغابن به ؛ لم يرهق إليه ، لأنه لم يلتزم بخلاف المسلم ، والغاصب ، والمديون ؛

ولو اشترى الكافر عبدا مسلما ؛ وقلنا : يصح ، ويؤمر بازالة الملك .

قال ابن الرفعة : فلا يرهق للبيع بأقل ، ويحال بينه وبينه إلى أن يتيسر من يشتريه بثمن مثله ، أو يزيل ملكه عنه ؛

كذا ذكره في المطلب ، في فرع من غير نقل عن أحد ؛

قال السبكي : وفيه نظر يحتمل أن يقال به ، كما إذا أسلم في يده ، وإن كنت لم أره منقولا أيضا ، ويحتمل أن يقال : إنه بالشراء متعرض لالتزام إزالته ؛

الرابع ، الرقبة في الكفارة ، لايلزم شراؤها بأكثر من ثمن المثل ، على المذهب ، واختار البغوي خلافه ؛

الخامس : إبل الدية ، إذا لم توجد إلا بأكثر من ثمن المثل ؛

لا يجب تحصيلها ، بل يعدل إلى قيمتها ، كذا جزم به الشيخان ؛

وبحث بعضهم : أن يجرى فيها خلاف الغاصب ؛

قال البلقينى : ولعل الفرق ، أن تعدى القاتل ، إنما هو فى النفس ، وليست الدية مثل ما أتلف ، بخلاف صورة الغصب ، فان المثلى مثل ما تعدى فيه ، فأتلفه ؛

قال : فلو كانت الزيادة يسيرة ، فيحتمل الوجوب ، ويحتمل خلافه ؛ كالتيمم ؛

قال : والأول أقرب ؛

ومن نظائر هذه الفروع

لو طلب الأجير فى الحج أكثر من أجرة المثل ، لم يجب استئجاره ؛ جزموا به ؛

ومنها : لو لم يجد إلا حرة ، تطالب أكثر من مهر مثلها . جاز له نكاح الأمة على ما قاله المتولى ، ووافقه آخرون ، وصححه فى الروضة من زوائده ؛

وقال البغوى : لا ينكح الأمة ؛

وقال الإمام ، والغزالى : إن كانت زيادة يعد بذلها إسرافا : حلت الأمة ، وإلا فلا.

وفرقوا بينه وبين الماء فى التيمم : بأن الحاجة إلى الماء تتكرر ، وبأن هذا الناكح لا يعد مغبونا ؛

وتشبه هذه الترجمة . ما يجب نقله ، وما لا يجب

وفيه فروع :

الأول : المسلم فيه : يجب نقله إن كان قريبا ؛ وفى ضبط القرب خلاف ؛

الأصح : يجب نقله ما دون مسافة القصر

والثانى : من مسافة ، لو خرج إليها بكرة أمكنه الرجوع إلى أهله ليلا ؛

هذا فى محل يجب التسليم ؛

فلو طولب فى غيره ، فالأصح وجوبا ، إن لم يكن لنقله مؤنة ، والمنع إن كان ؛

الثانى : القرض ، وهو كالسلم فيما ذكر ؛

الثالث : الغصب ، وهو كالسلم أيضا ، فيجب نقله ما ينقل منه المسلم إليه ؛

ولو طولب بالمثل فى غير بلد الاتلاف ، كلف نقله ؛ إن لم يكن له مؤنة ، وإلا فلا ؛ على الأصح ؛

الرابع : المتلف بلا غصب ، وهو كذلك ؛

الخامس : إبل الدية ، يجب نقلها إن قربت المسافة ، لا إن بعدت .
قال فى الروضة وأصلها : وضبطه بعضهم بمسافة القصر .
وقال الإمام : إن زادت مؤنة إحضارها مع القيمة على قيمتها فى موضع الغرة : لم يلزم نقلها ، وإلا لزم .
وضبطه المتولى : بالحد المعتبر فى السلم ، وهو معنى ضبطه بمسافة القصر ، فانه الأصح فيه ، كما سبق .
فالحاصل : أن الفروع الخمسة على حد سواء .

فرع

لو قال المغصوب منه : لا آخذ القيمة ، بل أنتظر وجود المثل ، فله ذلك ، نقله فى البيان .
كذا فى زوائد الروضة .
قال : ويحتمل أن يجىء فيه الخلاف ، فى أن صاحب الحق إذا امتنع من قبضه ، هل يجبر ؟ ويمكن الفرق : انتهى .
ونظيره فى السلم : لو انقطع المسلم فيه ، فقال المسلم : اصبر ، حتى يوجد ، وإلا افسخ أجيب على الصحيح ، وفى القرض كذلك .
وفى الدية : لو قال المستحق عند إعواز الإبل : لا أطالب الآن بشىء وأصبر إلى أن توجد .
قال الإمام : فالظاهر أن الأمر إليه ، لأن الأصل هو الإبل ، ويحتمل أن يقال ، لمن عليه أن يكلفه قبض ما عليه ، لتبرأ ذمته .
فالفروع الخمسة على حد سواء ، فى ذلك أيضا .

فرع آخر

قال الإمام : لم يصر أحد من الأصحاب إلى أنه لو أخذ الدراهم ، ثم وجدت الابل يرد الدراهم ، ويرجع إلى الابل ، بخلاف ما إذا غرم قيمة المثل فى الغصب والاتلاف لاعواز المثل ، ثم وجد ، ففى الرجوع إلى المثل خلاف .
والأصح فيهما أيضا ، عدم الرجوع .
وفى القرض : إذا أخذ القيمة فى بلد ، لا يلزمه فيها أداء المثل ، ثم عاد إلى مكانه ، لا رجوع أيضا ، على الأصح .
وكذا فى السلم ، إن قلنا بأخذ القيمة فى هذه الصورة .

فهذه النظائر الخمسة قد استوت فى الأحكام الثلاثة : وجوب النقل من قرب ، دون بعد ، وإجابة المستحق إلى الصبر ، وعدم الرجوع إن لم يصبر ، وأخذ القيمة ، واستواء السلم ، والقرض ، والغصب ، والاتلاف على المختار فى وجوب التحصيل بأكثر من ثمن المثل :

وفارقها فى ذلك : الدية :

فروع

من نظائر الفروع الخمسة المذكورة ، فى عدم الرجوع عند أخذ القيمة للتعذر :

مالو كان له يدان عاملتان ، ولم تعرف الزائدة ، فقطع قاطع إحداهما ، فلا قصاص .

ويجب فيها : نصف دية اليد ، وزيادة حكومة :

فلو عاد الجانى ، فقطع الأخرى ، فأراد المجنى عليه القصاص ، لامكانه حينئذ ، ورد ماأخذه غير قدر الحكومة ، فهل له ذلك ؟ وجهان :

أحدهما : لا ، لأنه أسقط بعض القصاص ، فلا عود إليه .

والثانى : نعم ، لأن القصاص لم يكن ممكنا ، وإنما أخذ الأرش لتعذره ، لا لإسقاطه .

كذا فى الروضة وأصلها بلا ترجيح :

قلت : أصحهما الثانى :

قاعدة

كل المتلفات تعتبر فيها قيمة المتلف ، إلا الصيد المثلى ، فانه تعتبر فيه قيمة مثله .

واختلف فى الغصب والدية .

وقد آل بنا القول إلى عقد فصلين مهمين

الأول فى التقويم

وسيأتى : أنه لايكفى تقويم واحد ، والذى يذكر هنا من أحكامه أمران :

أحدهما : أنه خاص بالنقد ، فلا تقويم بغير النقد المضروب ، ولهذا لو سرق وزن ربع من ذهب خالص غير مضروب ، كسبيكة ، وحلى ، ولا يبلغ ربعا مضروبا بالقيمة فلا قطع فى الأصح ، كما لو سرق من غير الذهب مايساوى ربعا من المضروب ، ولايساويه من المضروب :

وبنقد البلد فى أكثر المواضع ، بل كلها : وإنما يقع الاختلاط فى أى بلد يعتبر ؟

وقد تقدم الكلام فى الأمثلة ، وبقى الكلام فى تقويم عروض التجارة :

فإن كان المشترى به نقدا : قوم به سواء كان نصابا ، أم دونه ؛

وفى الثانية : وجه : أنه يقوم بغالب نقد البلد ، وحكى قولا فى الأولى ؛

ولو ملكه بالنقدين ، قوم بهما بنسبة التقسيط ، أو بغير نقد . قوم بغالب نقد البلد ؛

فان غلب نقدان ، واستويا . فان بلغ بأحدهما نصابا ، دون الآخر : قوم به .

وإن بلغ بهما : فأوجه ؛

أحدها : يقوم بالأغبط للفقراء ، وصححه فى المحرر والمنهاج ؛

والثانى : يتخير المالك ، فيقوم بما شاء ، وصححه فى أصل الروضة، أخذا من حكاية الرافعى له عن العراقيين والرويانى ؛

قال فى المهمات : وبه الفتوى ؛

والثالث : يتعين التقويم بالدراهم ، لأنها أرفق ؛

والرابع : يقوم بغالب نقد أقرب البلاد إليه ؛

ونظير هذا الفرع :

ما إذا اتفق العرضان ، كمائتى بعير ، واجبها : أربع حقاق ، أو خمس بنات لبون .

فإن وجد بماله أحدهما : أخذ ، ولا يكلف الحقاق على المذهب ، وإن فقدا : فله تحصيل ماشاء ، ولا يتعين الأغبط على الأصح ؛

وإن وجدا تعين الأغبط على الصحيح ؛

ضابط

لاتقوم الكلاب ، إلا فى الوصية ، على قول ؛

ولا الحر ، إلا فى الجنايات ، فيقدر رقيقا للحكومة .

ولا الخمر والخنزير فى الأصح ؛

وفى قول : يقومان فى الصداق ؛

فقيل : يعتبر قيمتهما عند من يرى لهما قيمة ؛

وقيل : يقدر الخمر خلا ، والخنزير : شاة ؛

الأمر الثانى

إذا اختلف المقومون ، بم يؤخذ ؟

فيه فروع

منها : إذا شهد عدلان بسرقة ، فقوم أحدهما المسروق نصابا ، والآخر دونه ، فلا قطع ، للشبهة .

وأما المال : فان رضى بأقل القيمتين ، فذاك . وله أن يحلف مع الذى شهد بالأكثر ويأخذه : ولو شهد بأنه نصاب ، وقوم آخران بدونه ، فلا قطع :

ويؤخذ فى الغرم بالأقل ، وله مأخذان :

أحدهما - وهو الأظهر - أن الأقل متيقن ، والزائد مشكوك فيه ، فلا يلزم بالشك :

والثانى : أن التى شهدت بالأقل ، ربما اطلعت على عيب : :

ومنها : سئل ابن الصلاح عن ملك اليتيم ، احتيج إلى بيعه : فقامت بينة بأن قيمته مائة وخمسون ، فباعه القيم بذلك ، وحكم الحاكم بصحة البيع ، ثم قامت بينة أخرى بأن قيمته حينئذ : مائتان : فهل ينقض الحكم ، ويحكم بفساد البيع ؟ .

فأجاب - بعد التمهل أياما ، والاستخارة - أنه ينقض الحكم ، لأنه إنما حكم بناء على البينة السالمة عن المعارضة بالبينة التى مثلها ، وأرجح :

وقد بان خلاف ذلك ، وتبين استناد مايمنع الحكم إلى حالة الحكم ، فهو كما قطع به صاحب المهذب : من أنه لو حكم للخارج على صاحب اليد ببينة ، فانتزعت العين منه : ثم أتى صاحب اليد ببينة ، فان الحكم ينقض لمثل العلة المذكورة ، وهذا بخلاف مالو رجع الشاهد بعد الحكم ، فانه لم يتبين استناد مانع إلى حالة الحكم : لأن قول الشاهد متعارض وليس أحد قوليه بأولى من الآخر اه .

ونازعه فى ذلك السبكى فى فتاويه ، ومنع النقض :

قال : لأن التقويم حدس وتخمين ، ولا يتحقق فيه التعارض : إلا إذا كان فى وقت واحد :

وإن سلمنا المعارضة : فهى معارضة للبينة المتقدمة ، وليست راجحة عليها ، حتى تكون مثل مسئلة المهذب : وكيف ينقض الحكم بغير مستند راجح ؟ . ومعنا بينتان متعارضتان من غير ترجيح ، فهو كما لو وجد دليلان متعارضان فى حكم ، ليس لنا أن ننقضه :

ولا يقال : إن تعارض الدليلين مانع من الإقدام على الحكم ، فيكون موجبا لنقضه : لأنا نقول : ليس كل مامنع الابتداء منع الدوام :

وأيضا : قد يكون ترجح عند الحاكم أحدهما : فحكم به لرجحانه عنده :

وكما أنه لايقدم على الحكم إلا بمرجح . لانقدم نحن على نقضه إلا بمرجح ، ولم يوجد :

وقوله : وقد بان خلافه : ممنوع : لم يبن خلافه . بل أكثر مافيه : أنه أشكل الأمر علينا ، ولا يلزم من إشكال الأمر علينا : أن نوجب النقض :

ثم نبه على أنه لو قامت بينتان متعارضتان ، واحتاج اليتيم إلى البيع .. فالوجه أنه

يجوز البيع بالأقل ، مالم يوجد راغب بزيادة ، بعد إشهاده ، والقول قول القيم فى أنه أشهده ، لأنه أمين :

قال : والقول قوله : فى أن ذلك ثمن المثل : كما أن الوكيل، وعامل القراض ، والبائع على المفلس : إذا باعوا ليس لهم أن يبيعوا إلا بثمن المثل :

ولو ادعى عليهم : أنهم باعوا بأقل من ثمن المثل ، فالقول قولهم فيما يظهر لنا ، وإن لم نجده منقولا ، لأنهم منا :

قال : ولا يرد على هذا قول الأصحاب : إن الصبى إذا بلغ وادعى على القيم والوصى بيع العقار بلا مصلحة ، فالقول قوله :

لأنا نقول : إنما يكلف القيم والوصى إقامة البينة على المصلحة التى هى مسوغة للبيع كما يكلف الوكيل إقامة البينة على الوكالة :

وأما ثمن المثل : فهو من صفات البيع ، فاذا ثبت أن البيع جائز قبل قوله فى صفته ، ودعوى صحته ، ولا يقبل قول من يدعى فساده اه :

تنبيـــه

هذه المسئلة : يصلح إيرادها فى قاعدة التقويم : كما صنعنا ، وفى قاعدة « يغتفر فى الدوام، مالا يغتفر فى الابتداء » ، وفى قاعدة « تصديق مدعى الصحة » :

وفى فتاوى السبكى أيضا : أنه سئل عن رجل عليه دين مائتا درهم، ورهن عليه كرما وحل الدين وهو غائب ، وأثبت صاحب الدين : الإقرار ، والرهن ، والقبض، وغيبة الراهن المديون ، وندب الحاكم من قوم المرهون وثبت عنده أن قيمته مائتا درهم ، فأذن فى تعويضه للمرتهن عن دينه ، ثم بعد مدة قامت بينة أن قيمته يوم التعويض ثلثمائة ، وكان يوم التعويض يوم التقويم الأول :

فأجاب ، يستمر التعويض ، ولا يبطل بقيام البينة الثانية مهما كان التقويم الأول محتملا .

الفصل الثانى

فى تقسيم المضمونات

اعلم أن الأصل فى المتلفات ضمان المثلى بالمثل ، والمتقوم بالقيمة .

وخرج عن ذلك صور ، تعرف مما سنذكره :

والحاصل : أن المضمونات أنواع :

الأول

الغصب : فالمثل فى المثلى ، والقيمة فى المتقوم ، لاأعلم فيه خلافا .

الثانى

الإتلاف بلا غصب ، وهو كذلك

وخرج عنهما صور :

أحدها : المثلى الذى خرج مثله عن أن تكون له قيمة ، كمن غصب أو أتلف ماء فى مفازة ، ثم اجتمعا على شط نهر ، أو فى بلد ، أو أتلف عليه الجمد فى الصيف ، واجتمعا فى الشتاء ، فليس للمتلف بدل المثل ؛ بل عليه قيمة المثل فى مثل تلك المفازة ؛ أو فى الصيف .

ثانيها : الحلى : أصح الأوجه : أنه يضمن مع صنعته بنقد البلد وإن كان من جنسه ، ولا يلزم من ذلك الربا ، لأنه يجرى فى العقود ، لا فى الغرامات .

ثالثها : الماشية إذا أتلفها المالك كلها بعد الحول ، وقبل إخراج الزكاة : فان الفقراء شركاؤه ، ويلزمه حيوان آخر ، لا قيمته ؛ جزم به الرافعى ، وغيره ؛ بخلاف مالو أتلفها أجنبى .

رابعها : طم الأرض ، كما جزم به الرافعى ؛

خامسها : إذا هدم الحائط ، لزمه إعادته لا قيمته ، كما هو مقتضى كلام الرافعى وأجاب به النووى فى فتاويه ، ونقله عن النص .

سادسها : اللحم ، فانه يضمن بالقيمة ؛ كما صححه الرافعى وغيره فى باب الأضحية مع أنه مثلى .

سابعها : الفاكهة ، فانها مثلية ، على ما اقتضاه تصحيحهم فى الغصب : والأصح : أنها تضمن بالقيمة .

ثامنها : لو صار المتقوم مثليا ، بأن غصب رطبا ، وقلنا : إنه متقوم ، فصار تمرا وتلف ؛ .

قال العراقيون : يلزمه مثل التمر ؛

وقال الغزالى : يتخير بين مثل التمر ، وقيمة الرطب ؛

وقال البغوى : إن كان الرطب أكثر قيمة : لزمه قيمته ، وإلا لزمه المثل ؛

قال السبكى : وهو أشبه ؛

وبقى صور متردد فيها

منها : لو سجر التنور ليخبز ، فصب عليه آخر ماء أطفأ . ففيه أوجه ، حكاها الزبيرى فى المسكت ، وغيره ؛

أحدها : يلزمه قيمة الحطب ، وليس ما غصب ، ولا قيمته ، لأنه غصب خبزا ؛ وما أشبه هذا القول بما حكم به سليمان بن داود عليهما الصلاة والسلام فى قصة

صاحب الغنم التي أكلت زرع الرجل ، فحكم سيدنا داود عليه السلام لصاحب الزرع برقاب الغنم . فقال سليمان : بل ينتفع بدرها ، ونسلها ، وصوفها إلى أن يعود الزرع كما كان بإصلاح صاحب الغنم ، فيردها إليه : وذلك معنى قوله تعالى (ففهمناها سليمان) ؛

والثاني : عليه أن يسجر التنور ، ويحميه كما كان ؛

والثالث : عليه قيمة الجمر ؛

والرابع : عليه الخبز ؛

واستشكل الأول ، بأنه لم يستهلك الحطب ، وإنما أتلف الجمر بعد خروجه ، فهو كمن أحرق ثوبا ليتخذ رماده حراقا ، فأتلفه رجل ، لا تجب عليه قيمة الثوب قبل الإحراق ؛

والثالث : بأنه الجمر لاقيمة له معروفة ، ولا يكال ، ولا يوزن ؛

قال الزبيري : والأقرب ، وجوب قيمة الجمر ، لأن له قيمة .

ومنها : لو برد ماء في يوم صائف ، فألقى فيه رجل حجارة محماة ، فأذهب برده ؛

ففي وجه : لاشيء عليه ، لأنه ماء على هيئته ، وتبريده ممكن ؛

وفي آخر : يأخذه المتعدي ، ويضمن مثله باردا ؛

وفي ثالث : ينظر إلى مابين القيمتين في هذه الحالة ، ويضمن التفاوت : ذكره الزبيري أيضا .

قلت : أحسنها الثالث ؛

ومنها : لو بل خيشا لينتفع به . فأوقد آخر تحته نارا ، حتى نشف ؛

قيل : لاشيء عليه ، سوى الإثم ؛

وقيل : عليه قيمة الماء الذي بل به .

وقيل : بل قيمة الانتفاع به مدة بقائه باردا ؛

قال الزبيري : وهذا أعدلها ؛

النوع الثالث

المبيع إذا تقايلا ، وهو تالف ، وفيه المثل في المثلي ، والقيمة في المتقوم : جزم به الشيخان ؛

الرابع

الثمن إذا تلف ورد المبيع بعيب أو غيره ، فيه المثل في المثلي ، والقيمة في المتقوم ، جزما به أيضا ؛

الخامس

اللقطة : إذا جاء مالكها بعد التملك ، وهى تالفة : فيها المثل فى المثلى ، والقيمة فى المتقوم ، جزما به أيضا .

السادس

المبيع : إذا تخالفا وفسخ ، وهو تالف : أطلق الشيخان وجوب القيمة فيه ، فشمل المثلى وغيره ، وهو وجه صححه الماوردى :

والمشهور كما قال فى المطلب : وجوب المثل فى المثلى :

السابع

المقبوض بالشراء الفاسد إذا تلف ، أطلق الشيخان وجوب القيمة فيه ، فيشمل المثلي وغيره ؛ وهو وجه : صححة الماودى :

وادعى الرويانى : الاتفاق عليه :

وقال فى المهمات : إنه غريب مردود :

والذى نص علية الشافعى : وجوب المثل فى المثلى :

قال : وهو القياس :

وقال فى شرح المنهاج : إنه الصحيح ، وسبقه إلى ذلك السبكى :

الثامن

القرض ، وفيه : المثل بالمثلى : وكذا فى المتقوم على الأصح :

واستثنى الماوردى نحو الجوهر ، والحنطة المختلطة بالشعير :

إن جوزنا قرضهما ، فانهما يضمنان بالقيمة ، وصوبه السبكى :

التاسع

ماأداه الضامن عن المضمون عنه ، حيث ثبت الرجوع ، فان حكمه حكم القرض ، حتى يرجع فى مثل المتقوم صورة :

العاشر

العارية : أطلق الشيخان ، وجوب القيمة فيها ، فشمل المتقوم والمثلى ، وصرح بذلك الشيخ فى المهذب والماوردى .

وجزم ابن أبى عصرون فى كتبه كلها بوجوب المثل فى المثلى :

وقال فى بعضها إنه أصح الطريقين ، وصححه السبكى .

تنبيه

المستعار للرهن يضمن في وجه ، حكاه الرافعي عن أكثر الأصحاب : بالقيمة ؛
وفي وجه ، وصححه جماعة ، وصوبه النووي في الروضة : بما بيع به ، ولو كان أكثر من القيمة ؛
فيستثنى ذلك من ضمان العارية بالقيمة ؛

الحادى عشر

المتام ، وفيه القيمة مطلقا

الثانى عشر

المعجل في الزكاة : إذا ثبت استرداده ، وهو تالف ، وفيه المثل ، أو القيمة ، جزم به الشيخان ، لكن صحح السبكي : أنه يضمن بالمثل ، وإن كان متقوما ؛

الثالث عشر

الصداق : إذا تشطر ، وهو تالف : وفيه المثل ، أو القيمة ، جزم به الشيخان ؛

الرابع عشر

إذا تشطر وهو معيب فأطلق الشيخان وجوب نصف القيمة سليما ؛
قال في المهمات : هذا في المتقوم .
أما المثلى : ففيه نصف المثل صرح به ابن الصباغ وجزم به في المطلب .

الخامس عشر

الصيد : إذا تلف في الحرم أو الإحرام ، وفيه المثل صورة ، والقيمة فيما لا مثل له ، وسلب العامل في صيد حرم المدينة على القديم ، واختاره النووي ؛

السادس عشر

لبن المصراة وفيه التمر ، لا مثله ، ولا قيمته .
قال بعضهم : ليس لنا شيء يضمن بغير النقد ، إلا في مسئلتين ؛
إحداهما : لبن المصراة ، والأخرى : إذا جنى على عبد فعتق ، ومات ضمن للسيد الأقل من الدية ، ونصف القيمة من إبل الدية ؛

بيان المثلي والمتقوم

في ضبط المثلي أوجه :

أحدها : كل مقدر بكيل أو وزن ؛

ونقض بالمعجونات المتفاوتة الأجزاء ، وما دخلته النار ، والأواني المتخذة من النحاس ، فإنها موزونة ، وليست مثلية ؛

الثاني : ماحصر بكيل أو وزن ، وجاز السلم فيه ، وهو الذي صححه في المنهاج ، والروضة ، وأصلها .

الثالث : كل مكيل وموزون جاز السلم فيه ، وبيع بعضه ببعض ، فيخرج منه الدقيق ، والرطب ، والعنب ، واللحم ، واللبن الحامض ، ونحوها ؛

الرابع : ما يقسم بين الشريكين من غير تقويم ؛

ونقض بالأرض المتساوية ، فإنها تقسم ، وليست مثلية ؛

الخامس : مالا يختلف أجزاء النوع الواحد منه بالقيمة ، وربما قيل في الجرم والقيمة ؛

وهذا سرد المثليات :

الحبوب ، والأدهان والسمن ، والألبان ، والمخيض الخالص والتمر والزبيب ونحوهما والماء ، والنخالة والبيض والورق والخل الذي لا ماء فيه والدراهم والدنانير الخالصة ؛

وعلى الأصح : الدقيق والبطيخ والقثاء والخيار ، وسائر البقول والرطب والعنب وسائر الفواكه الرطبة ، واللحم الطري والقديد والتراب ، والنحاس والحديد ، والرصاص ، والتبر والسبائك من الذهب ، والفضة ، والمسك ، والعنبر والكافور ، والثلج ، والجمد والقطن ، والسكر ، والفانيذ والعسل المصفى بالنار ، والإبريسم ، والغزل ، والصوف والشعر والوبر ، والنفط والعود والآجر ، والدراهم المغشوشة إن جوزنا التعامل بها ، والمكسرة ؛

هذا ما في الروضة ، وأصلها والمطلب ؛

تقسيم ثان

المضمونات : أقسام :

أحدها : ما يضمن ضمان عقد قطعا وهو : ماعين في صلب عقد بيع أو سلم أو إجارة أو صلح .

الثاني : ما هو ضمان يد قطعا كالعواري والمغصوب ، ونحوها ؛

الثالث : مافيه خلاف : والأصح : أنه ضمان عقد كعين الصداق والخلع والصلح عن الدم وجعل الجعالة ؛

الرابع : عكسه ، وذلك فى صور العلج .
والفرق بين ضمان العقد واليد : أن ضمان العقد مرده : ما اتفق عليه المتعاقدان ، أو بدله.
وضمان اليد : مرده : المثل ، أو القيمة .

قاعدة

ما ضمن كله ضمن جزؤه بالأرش إلا فى صور

إحداها : المعجل فى الزكاة ؛
الثانية : الصداق الذى تعيب فى يد الزوجة قبل الطلاق ؛
الثالثة : المبيع إذا تعيب فى يد البائع وأخذه المشترى ناقصا ، لاأرش له فى الأصح .
الرابعة : إذا رجع فيما باعه بافلاس المشترى ، ووجده ناقصا بآفة ، أو إتلاف البائع فلا أرش له .
الخامسة : القرض إذا تعيب ورجع فيه المقرض ، لاأرش له : بل يأخذه ناقصا ، أو مثله .

قاعدة

أسباب الضمان أربعة

أحدها : العقد ، كالمبيع ، والثمن المعين قبل القبض والسلم ، والإجارة ؛
الثانى : اليد مؤتمنة كانت كالوديعة ، والشركة ، والوكالة ، والمقارضة إذا حصل التعدى ، أولا ، كالغصب ، والسوم ، والعارية ، والشراء فاسدا ؛
الثالث : الإتلاف : نفسا ، أو مالا .
ويفارق ضمان اليد : فى أنه يتعلق الحكم فيه بالمباشر ، دون السبب . وضمان اليد يتعلق بهما .
الرابع : الحيلولة .

ما تؤخذ قيمته للحيلولة ، ومالا تؤخذ

فيه فروع :
الأول : المسلم فيه : إذا وجد المسلم إليه فى مكان لايلزم فيه الأداء ، وفيه وجهان .
الصحيح : لاتؤخذ ، لأن أخذ العوض عنه غير جائز ؛
الثانى : إذا قطع صحيح الأنملة الوسطى ممن لاعليا له : فهل له طلب الأرش للحيلولة ؟ وجهان : الصحيح : لا ، حتى يعفو .

الثالث : إذا نقل المغصوب إلى بلد اخر وأبق ، فللمالك المطالبة بالقيمة فى الحال للحيلولة قطعا ، فاذا رده ردها .

الرابع : إذا ادعى عينا غائبة عن البلد ، وسمع القاضى البينة ، وكتب بها إلى قاضى بلد العين ليسلمها للمدعي بكفيل ، لتشهد البينة على عينها ، ويؤخذ من الطالب القيمة للحيلولة قطعا .

الخامس : إذا حال بين من عليه القصاص ، ومستحق الدم ، لا تؤخذ قطعا .

السادس : إذا أقر بعين لزيد ثم بها لعمرو غرم له قيمتها فى الأصح ، لأنه حال بينه وبينها بإقراره الأول .

الكلام فى أجرة المثل

تجب فى مواضع

أحدها : الاجارة فى صور :

منها : الفاسدة :

ومنها : أن يعير فرسه ليعلفه أو ليعيره فرسه .

ومنها : إذا حمل الدابة المستأجرة زيادة على ما استأجر له : تجب أجرة المثل لما زاد .

ومنها : إذا اختلفا فى قدر الأجرة ، أو المنفعة ، أو غيرها ، وتحالفا : فسد العقد ، ورجع إلى أجرة المثل .

الثانى : المساقاة فى صور :

منها : الفاسدة كأن يساقيه على ودى يغرسه ، ويكون الشجر بينهما ، أو ليغرسه فى أرض نفسه ، ويكون الثمر بينهما ، أو يدفع إليه أرضا ليغرسها والثمر بينهما ، أو يشرط الثمرة كلها للعامل ، أو يشرط له جزءا منهما ، أو مشاركة المالك ، أو غيرها فى صور الافساد .

ويستثنى : ما إذا شرط الثمرة كلها للمالك ، فلا شيء للعامل فى الأصح .

وكذا نظيره فى القراض .

ومنها : إذا خرج الثمر مستحقا ، فللعامل على الساقى أجرة المثل .

ومنها : إذا فسخ العقد بتحالف ، أو هرب العامل ، وتعذر الاتمام .

الثالث : القراض إذا فسد ، سواء ربح المال أم لا إلا فى الصورة السابقة ، وإذا اختلفا وتحالفا .

الرابع : الجعالة إذا فسدت ، أو فسخ الجاعل بعد الشروع فى العمل ، أو تحالفا .

الخامس : الشركة كذلك ؛

السادس : منافع الأموال إذا فاتت فى يد عادية غصبا : أوشراء فاسدا ، أوغيرهما تجب فيها أجرة المثل ؛ سواء استوفيت ، أم لا ؛

وأما منفعة الحر : فلا يضمن بها إلا بالاستيفاء ؛

السابع : إذا استخدم عبده المتزوج ، غرم له الأقل من أجرة مثله ، وكل المهر والنفقة ؛

وقيل : يلزمه المهر والنفقة بالغا مابلغ ، لأنه لوخلاه ربما كسب مايفى بهما ؛

ونظير ذلك : إذا أراد فداء العبد الجانى : يلزمه الأقل من قيمته ، وأرش الجناية ؛

وفى قول : الأرش بالغا مابلغ ، لأنه لو سلمه للبيع ربما رغب فيه راغب بما يفى به ؛

الثامن : عامل الزكاة ؛ يستحق أجرة مثل عمله ، حتى لوحمل أصحاب الأموال زكاتهم إلى الإمام ؛ فلا شىء له ، وإن بعثه استحقها بلا شرط ؛

فإن زاد سهم العاملين عليها ؛ رد الفاضل على الأصناف ، وإن نقص : كمل من مال الزكاة ؛

فرع مهم

أفتى ابن الصلاح فيمن أجر وقفا بأجرة شهدت البينة بأنها أجرة مثله ؛ ثم تغيرت الأحوال وطرأت أسباب توجب زيادة أجرة المثل : بأنه يتبين بطلان العقد ، وأن الشاهد لم يصب فى شهادته ؛

واحتج بأن تقويم المنافع فى مدة ممتدة ، إنما يصح إذا استمرت الحال الموجودة حالة التقويم ؛

أما إذا لم تستمر ، وطرأ فى أثناء المدة أحوال تختلف بها قيمة المنفعة ؛ فيتبين أن المقوم لها لم يطابق تقويمه المقوم ؛

قال : وليس هذا كتقويم السلع الحاضرة ؛

قال : وإذا ضم ذلك إلى قول من قال من الأصحاب : إن الزيادة فى الأجرة تفسخ العقد كان قاطعا لاستبعاد من لم ينشرح صدره ، لما ذكرناه ؛

قال : فليعلم ذلك ، فانه من نفائس النكت ؛

وقال الشيخ تاج الدين السبكى : ماأفتى به ابن الصلاح ضعيف ، فإن الشاهد إنما يقوم بالنسبة إلى الحالة الراهنة ، ثم مابعدها تبع لها مسبوق عليه حكم الأصل ؛

قال : فالتحقيق أن يقال : إن لم تتعين القيمة ، ولكن ظهر طالب بالزيادة لم

ينفسخ العقد والقول بانفساخه ضعيف ، وإن تغيرت : فالإجارة صحيحة إلى وقت التغيير .

وكذا بعده فيما يظهر ، ولا يظهر خلافه :

الكلام فى مهر المثل

الأصل فى اعتباره : حديث أبى سنان الأشجعى « أنه صلى الله عليه وسلم قضى فى بروع بنت واشق وقد نكحت بغيرمهر فماتزوجها : بمهر نسائها » أخرجه أبو داود والترمذى ، والنسائى ، وابن حبان ، والحاكم ، وغيرهم :

وقال سعيد بن منصور فى سننه : حدثنا خالد بن عبد الله : عن يونس : عن الحسن « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى امرأة توفى عنها زوجها ، ولم يفرض لها صداقا لها مثل صداق نسائها » :

قال الأصحاب ، مهر المثل : هو الذى يرغب به فى مثلها ، وركنه الأعظم : النسب فينظر إلى نساء عصبتها ، وهن المنتسبات إلى من تنتسب هذه إليه : وتقدم القربى ، والشقيقة . فأقربهن : الأخوات لأبوين ، ثم لأب ، ثم بنات الاخوة ، ثم العمات : ثم بنات الأعمام كذلك ، فإن فقدن ، فنساء الأرحام ، كالجدات ، والخالات :

والمراد بالفقد : أن لايوجدن أصلا ، أولم ينكحن ، أوجهل مهرهن :

ولا يتعذر اعتبارهن بموتهن :

فإن فقد الأرحام ، فمثلها من الأجانب :

وتعتبر العتيقة بعتيقة مثلها ، وينظر إلى شرف سيدها ، وخسته ، ويعتبر البلد والصفات المرغبة : كالعفة ، والجمال ، والسن ، والعقل ، واليسار ، والبكارة ، والعلم ، والفصاحة والصراحة ، وهى شرف الأبوين :

ومتى اختصت بفضل أونقص ، ليس فى النسوة المعتبرات مثله ، زيد أو نقص بقدر مايليق به ، كما فى نظيره إذا كان الجنين سليما ، والأم ناقصة .

ويعتبر غالب عادة النساء ، فلو سامحت واحدة لم يجب موافقتها ، إلا أن يكون لنقص دخل فى النسب ، وفترة الرغبات .

ولو خفضن للعشيرة دون غيرهم أو عكسه ، اعتبر ذلك .

هذا مافى الروضة وأصلها :

وفيه أمور ينبه عليها

منها : أن الأصحاب استدلوا على اعتبار نساء العصبة بقوله « مهرنسائها » لأن اطلاق هذا اللفظ ينصرف إليهن :

ونازع فيه صاحب الذخائر : بأن النساء من الجانبين نساؤها ؛

قال : بل نقول هو عام فيها ، وخص بالمعنى لأن مهر المثل قيمة البضع ، وتعرف قيمة الشيء بالنظر إلى أمثاله ، وأمثالها نساء عشيرتها المساويات لها فى نسبها ، لأن النسب معتبر فى النكاح ؛

والغالب : أنه إذا ثبت مقدار فى عشيرة ، جرت أنكحتهم عليه ، أن من لا ينتمى إلى نسبها ، لا يساويها فيه .

ومنها : أن مقتضى ماتقدم ، الانتقال بعد بنات الأخ إلى العمات ، ولا تعتبر بنات بنى الأخ ، وليس كذلك ، بل المراد تقديم جهة الأخوة على جهة العمومة ، كما صرح به الماوردى .

ومنها : المراد بالأرحام هنا قرابات الأم لا المذكورون فى الفرائض ، لأن الجدة أم الأم ليست منهن قطعا ؛

ومنها : أن الماوردى وسط بين نساء العصبة والأرحام بالأم والجدة ؛

ومنها : اعتبر ابن الصباغ مع ذلك كونهن من أهل بلدها ، وحكاه الماوردى عن النص لأنه قيمة متلف ، فيعتبر محل الاتلاف ؛

والذى فى الروضة وأصلها : اعتبار ذلك إذا كان لها أقارب فى بلدها وأقارب فى غيرها ؛

فان لم يكن فى بلدها أقارب ، قدم أقارب غير بلدها ، على أجانب بلدها ؛

ومنها : يعتبر حال الزوج أو الواطىء أيضا ، من اليسار والعلم والعفة والنسب ؛

صرح به صاحب الكافى وغيره ؛

ومنها : ذكر ابن الرفعة ، أن المعتبر من الأقارب ثلاث ، وتوقف فيما إذا لم يكن إلا واحدة أو ثنتان ؛

المواضع التى يجب فيها مهر المثل

هى سبعة

الأول

النكاح ؛ إذا لم يسم الصداق ، أو تلف المسمى قبل قبضه ، أو بعضه ، أو تعيب ، أو وجدته معيبا واختارت الفسخ أو بان مستحقا أو فسد ، لكونه غير مملوك كحر ومغصوب أو مجهولا ، أو شرط الخيار فيه ، أو شرط فى العقد شرط يخل بمقصوده الأصلى ، كأن لا يتزوج عليها ؛ أو نكح على ألف إن لم يسافر بها ، وألفين إن سافر ، وعلى أن لأبيها ألفا ، أو تضمن الربا . كزوجتك بنتى وبعتك هذه المائة من مالها بهاتين المائتين ، أو جمع نسوة بمهر واحد ، أو تضمن إثباته دفعه ، كأن يزوج ابنه بامرأة ويصدقها أمة ، لأنه

يتضمن دخولها أولا فى ملك الابن ، فتعتق فلا تنتقل إلى الزوجه صداقا .

أو بعقد المجبر أوولى السفيهة بأقل من مهر المثل ، أولابنه أوالسفيه بأكثر ، أو يخالفه ماأمرت به الرشيدة ، أويفسخ بعد الدخول بعيب أو تغرير ، أو اختلفا فى المهر أوتحالفا ، أو نكحها على مايتفقان عليه فى ثانى الحال ، أو أسلما وقد عقدا على فاسد ، ولم يقبضاه ، أوزوجه ابنته بمتعة جاريته ، أو جاريته على أن يزوجه ابنته ، ورقبتها صداقها ، أوطلق زوجته على أن يزوجه ابنته ، وبضعها صدقها .

الموضع الثانى

الخلع : إذا فسد المسمى بغالب الصور المذكورة .

الثالث

الوطء فى غير نكاح صحيح : إما فاسد أو بشبهة أو إكراه ، أو أمة ابنه أومشتركة أو مكاتبة ، أوزوجة رجعية أومرتدة موقوفة فى العدة ، أو أمته المرهونة أو المشتراة فاسدا ، أوفى نكاح المتعة .

الرابع

الرضاع : إذا أرضعت أمه أوأخته ، زوجته : أوالكبرى الصغرى ، انفسخ النكاح وله على المرضعة نصف مهر المثل فى الأظهر ، وكله فى الثانى .

ولو أرضعت أم الكبرى الصغرى انفسختا ، وله على المرضعة مهر المثل لأجل الكبرى ونصف للصغرى .

الخامس

فى رجوع الشهود بعد الشهادة بطلاق بائن ، أورضاع أولعان وفرق القاضى ، فإن الفراق يدوم وعليهم مهر مثل .

وفى قول : نصفه إن كان قبل الوطء .

الموضع السادس

الدعوى : إذا أقرت لأحد المدعيين بالسبق ثم للآخر ، يجب له عليها مهر المثل أو للزوج ، أنه راجعها بعد ماتزوجت .

السابع

إذا جاءت المرأة مسلمة ، فى زمن الهدنة ، غرم لزوجها الكافر مهرمثلها ، على قوله مرجوح .

وقت اعتباره ومكانه

يعتبر فيه الوطء بالشبهة يوم الوطء ، وكذا فى النكاح الفاسد ؛

ولا يعتبر يوم العقد إذ لاحرمة له ؛

وفى النكاح الصحيح : إذا لم يسم فيه ووطىء ، هل يعتبر يوم الوطء ، أو العقد ، أو الأكثر من العقد إلى الوطء ؟ أوجه أصحها فى أصل الروضة ، الثالث ؛

وفى المنهاج والمحرر والشرح الصغير ، الثانى ؛

ونقله الرافعى : فى سراية العتق عن الأكثرين .

وإن مات - وأوجبنا مهر المثل ، وهو الأظهر - فهل يعتبر يوم العقد ، أو الموت ، أو الأكثر ؟ أوجه فى أصل الروضة بلا ترجيح .

وأما مكانه ؛ فيجب من نقد البلد حالا بقيمة المتلفات ؛

ما يتعدد فيه ، ومالا يتعدد

لايتعدد بتعدد الوطء فى نكاح صحيح ، كما هو معلوم ، ولا فى نكاح فاسد ، أو شبهة واحدة ؛

ومنه : وطء جارية الابن ، والمكاتبة والمشتركة ، على الأصح ؛ سواء اتحد المجلس أم لا ؛

ويتعدد إن زالت الشبهة ، ثم وطىء بشبهة أخرى وبالإكراه على الزنا ووطء الغاصب والمشترى منه إن كان فى حال الجهل ، لم يتعدد لأن الجهل بشبهة واحدة أو العلم ، وهى مكرهة ، فقد تقدم أنه يتعدد ؛

وحيث قلنا بالاتحاد : أعتبر أعلى الأحوال ؛

ومحله كما قال الماوردى : إذا لم يؤد المهر ؛

فان أدى قبل الوطء الثانى ، وجب مهر جديد ؛

ومحله فى المكاتبة : ما إذا لم تحمل ، فان حملت خيرت بين المهر والتعجيز فان اختارت المهر ووطئت مرة أخرى ، فلها مهر آخر ؛

نص عليه الشافعى ، كما نقله فى المهمات ؛

وعبارته : فان أصابها مرة أو مرارا ، فلها مهر واحد ، إلا ان تتخير فتختار الصداق أو العجز ؛

فان خيرت ، فعاد فأصابها السيد ، فلها صداق آخر وكلما خيرت فاختارت الصداق ثم أصابها فلها صداق آخر ، كنكاح المرأة نكاحا فاسدا ، يوجب مهرا واحدا ؛

فاذا فرق بينهما وقضى بالصداق ، ثم نكحها نكاحا آخر فلها صداق آخر ؛

تنبيه

يجب مهران فى وطء زوجة الأصل أو الفرع بشبهة إذا كانت مدخولا بها : مهر لها ؛ ومهر لزوجها ، لفواتها عليه بالانفساخ :

ويجب مهر ونصف فى غير المدخول بها ، وهو غريب لا نظير له :

ويقرب منه : إتلاف الصيد المملوك فى الحرم أو الاحرام ، فان فيه الجزاء بالمثل لحق الله تعالى والقيمة لمالكه ، وفى ذلك قال ابن الوردى

عندى سؤال حسن مستظرف   فرع على أصلين قد تفرعا

متلف مال يرضى مالكه   ويضمن القيمة والمثل معا

ويشبه هذا الفرع : العبد المغصوب يجنى بقدر قيمته ، فيتلفه الغاصب ، فانه يضمن فيه قيمتين :

لكن الجناية بالغصب ، لا بالاتلاف .

مهمة

صحح الشيخان فى الغصب وفى الوطء بشبهة أو إكراه : أنه إذا أزال البكارة بالوطء وجب مهر ثيب وأرش البكارة ؛ وفى الرد بالعيب مهر بكر فقط ، ثم يندرج الأرش :

وفى البيع الفاسد : مهر بكر وأرش البكارة :

قال السبكي : الغصب أولى ، بلزوم ذلك من البيع الفاسد :

وقال فى المهمات : هذا الذى قالاه فى غاية الغرابة حيث جزما فى الشراء الفاسد بإيجاب زيادة لم نوجبها فى الغصب ، ولم يحكيا فى إيجابها خلافا مع اختلافهم فى أن البيع الفاسد هل يغلظ فيه ، كما يغلظ فى الغصب أم لا ؟ :

وأما كونه أغلظ فلا قائل به ؛

ضابط

ليس لنا مضمون يختلف باختلاف الضامنين إلا فى مهر المثل : إذا خفض للعشيرة دون غيرهم أو بالعكس ، ذكره الرويانى :

القول فى أحكام الذهب والفضة

اختصا بأحكام

الأول

لا يكره المشمس فى أوانيهما ، على الأضح لصفاء جوهرهما .

الثانى

يحرم : استعمال أوانيهما للحديث :
والمعنى فيه : الخيلاء أو تضييق النقود ؟ قولان ، أصحهما الأول .

الثالث

يحرم الحلى منهما على الرجال ، إلا ما يستثنى .

الرابع

اختصا بوجوب الزكاة :

الخامس

وبجريان الربا ، فلا ربا فى الفلوس ، ولو راجت رواج النقود فى الأصح :
واختص المضروب منهما بكونهما قيم الأشياء ، فلا تقوم بغيرهما :
ولا يبيع القاضى والوكيل والولى مال الغير إلا بهما :
ولا يفرض مهر المثل إلا منهما ، وبجواز عقد الشركة عليهما والقراض ، وبامتناع استئجارهما للتزيين :
واختص الذهب بحرمة التضبيب منه على الأصح ، وحرمة ما يجوز للرجل اتخاذه من الفضة ، كالخاتم وحلية آلات الحرب ، إلا السن والأنف والأنملة .

قاعدة

الذهب والفضة : قيم الأشياء إلا فى باب السرقة ، فان الذهب أصل والفضة عروض بالنسبة إليه ، نص عليه الشافعى فى الأم :
وقال : لا أعرف موضعا تنزل فيه الدراهم منزلة العروض إلا فى السرقة :

القول فى المسكن والخادم

قال السبكى : اضطرب حكم المسكن والخادم :
ففى مواضع يباعان :
وفى آخر : لا :
وفى موضع : إن كان لا يعين بقيا ، وإلا فلا .
وفى آخر : يبدل النفيسان إن لم يؤلفا ، انتهى .

والمواضع التي ذكرنيها ، اثنا عشر موضعا

الأول

التيمم ، ولا يباعان فيه ، صرح به ابن كج ؛
وقال في الكفاية : إنه المتجه .
وقال السبكى : إنه القياس ، وقال الأسنوى : إنه الظاهر ؛

الثانى

ستر العورة ، ولا يباعا أيضا .
قال السبكى : وفاقا لابن كج ، وخلافا لابن القطان ؛
قال فى الخادم : كل موضع أوجب الشرع فيه صرف مال فى حق الله ؛ يجب كونه فاضلا عن الخادم ، كما يأتى فى الفطرة ، والحج ، ونحوهما ؛

الثالث

الفطرة ، ولا يباعان أيضا على الأصح . كالكفارة ؛
وفى وجه : نعم ، لأن للكفارة بدلا ، وعلى الأول : إنما يعتبر ذلك فى الابتداء ؛ فلو ثبتت الفطرة فى ذمة إنسان : بعنا خادمه ، ومسكنه فيها ؛ لأنها بعد الثبوت : التحقت بالديون ؛
قال فى شرح المهذب : وأن تكون الحاجة إلى الخادم لخدمته ، أو خدمة من تلزمه خدمته : ليخرج مالو احتاج إليه لعمله فى أرضه ، أو ماشيته ، فان الفطرة تجب ؛
قال الأسنوى : ولا بد أن يكونا لائقين به ؛

الرابع

نكاح الأمة ، وهل يباعان ويصرف ثمنهما إلى نكاح الحرة ، أو يحل له نكاحها ويبقيان ؟ وجهان ؛ أصحهما فى زوائد الروضة : الثانى ؛

الخامس

العاقلة ، ولا يباعان فيها . جزم به فى الروضة ، وأصلها ؛

السادس

التفليس ، ويباعان فيه ، سواء احتاج إلى الخادم لزمانة ومنصب ، أم لا ؛
وفى قول مخرج من الكفارة : لا يباعان إذا احتاج إليهما ؛
والفرق على الأول : أن للكفارة بدلا ، وأن حقوق الآدميين أضيق .
وفى ثالث : يباع الخادم دون المسكن ؛ لأنه أولى بالابقاء من الخادم .

السابع

نفقة الزوجة ، ويباعان فيها كالدين .

الثامن

نفقة القريب ، ويباعان فيها كالدين ، وفيها الوجه الذى فيه :

وفى كيفية بيع العقار : وجهان فى الروضة ، وأصلها بلا ترجيح .

أحدهما : تباع كل يوم جزء بقدر الحاجة :

والثانى : يقترض عليه إلى أن يجتمع مايسهل بيع العقار له ، لأن ذلك يشق .

ورجح البلقينى الثانى ، فانه الراجح فى نظيره من العبد :

قال الأذرعى : واعلم أن التسوية بين نفقة القريب ، والدين مشكل جدا :

ولم أجد دليلا ، ولا نصا للشافعى على بيع مالابد منه من مسكن ، وخادم لايستغنى عنه :

قال : والأرجح المختار : ماقاله القاضى حسين : أنه لايباعان هنا . وإن قلنا : يباعان فى الدين :

قال : نعم لو اقترض الحاكم عليه لغيبته ، ونحوها صار دينا عليه ، فيباعان فيه كسائر الديون :

التاسع

سراية العتق ، ويباعان فيها كالدين : جزم به فى الروضة وأصلها :

العاشر

الحج ، ولا يباعان إن لاقابه : بل لوكان معه نقد صرف إليهما كالكفارة .

وقيل : يباعان ، كالدين : فان كانا غير لائقين ، ولو أبدلا لو فى التفاوت بمؤنة الحج وجب إبداله ، كذا أطلقه الأصحاب ، ولم يفرقوا بين المألوفين وغيرهما :

قال الرافعى : ولا بد من ذلك ، كالكفارة .

ثم فرق فى الشرح الصغير ، وتبعه النووى فى الروضة ، وشرح المهذب : بأن للكفارة بدلا ، بخلاف الحج :

قال الأسنوى : وهو منتقض بالرتبة الأخيرة منها ، فانه لابدل لها . وبالفطرة ، فانه لابدل لها ، مع أنها كالحج فيما نقله عن الإمام .

الحادى عشر

الكفارة : فان لاقا ، لم يباعا ، بلا خلاف :

ولا يجرى الوجه الذى فى الحج ، لأن لها بدلا وإن لم يكونا لائقين لزم الابدال .

وصرف التفاوت إلى العتق إن لم يكونا مألوفين ؛ فان ألفا فلا فى الأصح لمشقة مفارقة المألوف ؛

الثانى عشر

الزكاة ، ولا يسلبان اسم الفقر ، كما نقله الرافعى فى المسكن عن التهذيب ، وغيره ؛

قال : لم يتعرضوا له فى الخادم ، وهو فى سائر الأصول ملحق بالمسكن .

واستدرك عليه فى الروضة : أن ابن كج صرح فى التجريد بأنه كالمسكن ، وهو متعين ؛

قال فى المهمات : وصرح به أيضا فى النهاية ، إلا أنه اغتفرها فى المسكن ، دون الفقير .

فقال : إن المسكن والخادم : لايمنع اسم المسكنة . بخلاف الفقر ؛

قال : واغتفار الرافعى لهما فى الفقر ، يلزم منه الاغتفار فى المسكن بطريق الأولى ؛

قال السبكى : وإطلاق المسكن والخادم يقتضى أنه لافرق بين اللائق ، وغيره .

قال ابن النقيب : وفيه نظر ؛

ولو لم يكن له عبد ومسكن ، واحتاج إليهما ، ومعه ثمنهما ؛

قال السبكى : لم أر فيه نقلا ، ويظهر أنه كوفاء الدين ؛

وقد قال الرافعى فيما لو كان عليه دين ، ومعه مايوفيه به لا غيره بما يوفيه به كما فى نفقة القريب ، والفطرة .

وقال أيضا فى الغارم الذى يعطى من الزكاة : هل يعتبر فى فقره مسكنه ، وخادمه ؟ ظاهر عبارة الأكثرين اعتبار ذلك ، وربما صرحوا به ؛

وفى بعض شروح المفتاح : أنه لايعتبر المسكن ، والملبس ، والفراش ، والآنية ، وكذا الخادم ، والمركوب إن اقتضاها حاله ؛

قال : وهذا أقرب ؛

تنبيهان

الأول

قال فى المهمات ، فى الحج : تعبير الرافعى بالعبد للاحتراز عن الجارية النفيسة المألوفة فانها إن كانت للخدمة ، فهى كالعبد ، وإن كانت للاستمتاع . لم يكلف بيعها . جزما ، لما يؤدى إليه تعلقه بها من الضرر الظاهر ؛

قال : وهذا التفصيل لم أره ، ولكن لابد منه ؛

قلت : نقله الأذرعى عن تصريح الدارمى ؛ وزاد : إن كان له أخرى للخدمة . فان أمكن التى للاستمتاع أن تخدم ، باع التى للخدمة ، وإلا فلا ؛

الثانى

قال فى المهمات فى الحج : مقتضى إطلاق الرافعى ، وغيره : أنه لافرق فى اعتبار المسكن والخادم بين المرأة المكفية باخدام الزوج ، وإسكانه ، وبين غيرها ، وهو متجه ، لأن الزوجية قد تنقطع فتحتاج إليهما .

قال : وكذلك اعتبار المسكن بالنسبة إلى المتفقهة ، والصوفية ، الذين يسكنون بيوت المدارس والربط .

وقال السبكى فى الزكاة : : لو اعتاد السكنى بالأجرة ، أو فى المدرسة ، فالظاهر : خروجه عن اسم الفقر بثمن المسكن .

الثالث

قال البلقينى : لايباع المسكن ، والخادم فى الحجر الغريب قطعا ، لإمكان الوفاء من غيره .

وقد قلت فى الخلاصة ، جامعا هذه النظائر :

اضطرب المسكن والخادم فى حكمهما فالمنع للبيع قفى
هنا وفى عاقلة والسترة وفى نكاح أمة والفطرة
والبيع فى التفليس والإنفاق للزوج والقريب والإعتاق
فى الحج والتكفير إن لاقا فلا ثم لذى الحج النفيس أبدلا
ولو لمألوف وفى التكفير إن لم يكن يؤلف فى الشهير
وليس يمنعان وصف الفقر ولا التى للوطء فى ذا تجرى

كتب الفقيه ، وسلاح الجندى ، وآلة الصانع

ذكرت فى مواضع

أحدها : الزكاة .

قال النووى فى شرح المهذب ، والروضة نقلا عن الغزالى فى الاحياء : لو كان له كتب فقه لم تخرجه عن المسكنة : يعنى والفقر .

قال : ولا تلزمه زكاة الفطر ، وحكم كتابه حكم أثاث البيت ، لأنه محتاج إليه .

قال : لكن ينبغى أن يحتاط فى فهم الحاجة إلى الكتاب .

فالكتاب : يحتاج إليه لثلاثة أغراض : التعليم . والتفرج بالمطالعة ، والاستفادة .

فالتفرج : لايعد حاجة ، كاقتناء كتب الشعر ، والتواريخ ، ونحوها مما لاينفع به فى الآخرة ، ولا فى الدنيا .

فهذا يباع فى الكفارة ، وزكاة الفطر ، ويمنع اسم المسكنة .

وأما حاجة التعليم : فان كان للكسب كالمؤدب ، والمدرس بأجرة ، فهذه آلته ؛ فلا تباع فى الفطرة : كآلة الخياط ، وإن كان يدرس لقيام فرض الكفاية لم يبع ، ولا يسلبه اسم المسكنة ، لأنها حاجة مهمة ؛

وأما حاجة الاستفادة والتعلم من الكتاب ، كادخاره كتاب طب ليعالج به نفسه ، أو كتاب وعظ ليطالعه ، ويتعظ به . فان كان فى البلد طبيب وواعظ ، فهو مستغن عن الكتاب ، وإن لم يكن ، فهو محتاج .

ثم ربما لايحتاج إلى مطالعته إلا بعد مدة ؛

قال : فينبغى أن يضبط ، فيقال : مالا يحتاج إليه فى السنة ، فهو مستغن عنه ؛ فيقدر حاجة أثاث البيت ، وثياب البدن بالسنة ، فلاتباع ثياب الشتاء فى الصيف ، ولا ثياب الصيف فى الشتاء ، والكتب بالثياب أشبه .

وقد يكون له من كل كتاب نسختان ، فلا حاجة له إلا إلى إحداهما ؛

فان قال : إحداهما أصح ، والأخرى حسن ؛

قلنا : اكتف بالأصح ، وبع الأخرى ؛

وإن كان له كتابان من علم واحد : أحدهما : مبسوط ، والآخر : وجيز ؛

فان كان مقصوده : الاستفادة ، فليكتف بالمبسوط ؛

وإن كان قصده التدريس : احتاج إليهما ؛

هذا آخر كلام الغزالى ؛

قال النووى : وهو حسن ، إلا قوله « فى كتاب الوعظ » إنه يكتفى بالواعظ ، فليس كما قال ، لأنه ليس كل أحد ينتفع بالواعظ ، كانتفاعه فى خلوته على حسب إرادته .

قلت : وكذا قوله فى كتاب الطب : إنه يكتفى بالطبيب ، ينبغى أن يكون محله إذا كان فى البلد طبيب متبرع .

فان لم يكن إلا بأجرة ، لم يكلف بيع الكتاب والاستئجار عند الحاجة .

الموضع الثانى : الحج

قال فى شرح المهذب : لو كان فقيها ، وله كتب : فهل يلزمه بيعها للحج ؟ ؛

قال القاضى أبو الطيب : إن لم يكن له بكل كتاب إلا نسخة واحدة ، لم يلزمه ؛ لأنه محتاج إلى كل ذلك ، وإن كان له نسختان ، لزمه بيع إحداهما ، فانه لاحاجة به إليهما .

وقال القاضى حسين : يلزم للفقيه بيع كتبه فى الزاد والراحلة .

قال : وهذا الذى قاله ضعيف ، وهو تفريع منه على طريقته الضعيفة فى وجوب بيع المسكن والخادم للحج .

قال : فالصواب ماقاله أبو الطيب ، فهو الجارى على قاعدة المذهب ، وعلى ماقاله الأصحاب هنا فى المسكن والخادم ، وعلى ماقالوه فى باب الكفارة ، وباب التفليس اه .

الموضع الثالث : الدين

قال الأسنوى . فى باب التفليس : رأيت فى زيادات العبادى : أنه يترك للعالم ولم أر مايخالفه .

وذكر النووى فى الحج فى شرح المهذب مايقتضيه ، ونقل كلام العبادى فى قسم الصدقات وأقره .

القول فى الشرط والتعليق

قال البلقينى : الفرق بين الشرط والتعليق : أن التعليق مادخل على أصل الفعل فيه بأداته : كإن ، وإذا . والشرط ماجزم فيه بالأول ، وشرط فيه أمر آخر .

قاعدة

الشرط : إنما يتعلق بالأمور المستقبلة .

أما الماضية ، فلا مدخل له فيها ، ولهذا لايصح تعليق الإقرار بالشرط ، لأنه خبر عن ماض ، ونص عليه .

ولو قال : يازانية ، إن شاء الله ، فهو قاذف . لأنه خبر عن ماض ، فلا يصح تعليقه بالمشيئة .

ولو فعل شيئا ، ثم قال : والله مافعلته إن شاء الله : حنث ، كما قال الزركشى فى قواعده ، وخطأ البارزى فى فتواه بعدم الحنث .

قاعدة

أبواب الشريعة كلها على أربعة أقسام

أحدها : مالا يقبل الشرط ، ولا التعليق : كالإيمان بالله ، والطهارة ، والصلاة ، والصوم إلا فى صور تقدم استثناؤها فى أول الكتاب ، والضمان ، والنكاح ، والرجعة ، والاختيار ، والفسوخ .

والثانى : مايقبلهما : كالعتق ، والتدبير ، والحج .

الثالث : مالا يقبل التعليق ، ويقبل الشرط : كالاعتكاف ، والبيع فى الجملة ، والإجارة ، والوقف ، والوكالة :

الرابع : عكسه: كالطلاق ، والإيلاء ، والظهار ، والخلع :

قاعدة

ما كان تمليكا محضا لامدخل للتعليق فيه قطعا ، كالبيع :

وما كان حلا محضا يدخله قطعا ، كالعتق :

وبينهما مراتب يجرى فيها الخلاف : كالفسخ ، والإبراء: يشبهان التمليك :

وكذا الوقف ، وفيه شبه يسير بالعتق ، فيجرى وجه ضعيف :

والجعالة ، والخلع : التزام يشبه النذر ، وإن ترتب عليه ملك :

ضابط

ماقبل التعليق لافرق فيه بين الماضى والمستقبل إلا فى مسئلة واحدة :

وهى : إن كان زيد محرما أحرمت ، فانه يصح ، بخلاف إذا أحرم أحرمت فلا يصح :

ضابط

ليس لنا خروج من عبادة بشرط ، إلا فى الاعتكاف ، والحج :

قاعدة

الشروط الفاسدة : تفسد العقود ، إلا البيع بشرط البراءة من العيوب ، والقرض بشرط رد مكسر عن صحيح ، أو أن يقرضه شيئا آخر ، على الأصح فيهما :

ضابط

لايقبل البيع التعليق ، إلا فى صور :

الأولى : بعتك إن شئت :

الثانية : إن كان ملكى ، فقد بعتكه :

ومنه مسئلة اختلاف الوكيل والموكل ، فيقول : إن كنت أمرتك بعشرين فقد بعتكها بها :

الثالثة : البيع الضمنى: كأعتق عبدك عنى على مائة إذا جاء رأس الشهر :

ولا يقبل الإبراء التعليق ، إلا فى صور :

الأولى : إن رددت عبدى فقد أبرأتك ، صرح به المتولى :

الثانية : إذا مت فأنت فى حل فهو وصية ، كما فى فتاوى ابن الصلاح :

الثالثة : أن يكون ضمنا ، لا قصدا . كما إذا علق عتقه ، ثم كاتبه . فوجدت الصفة ، عتق ، وتضمن ذلك الإبراء من النجوم ، حتى يتبعه أكسابه ، ولو لم يتضمنه ، تبعه كسبه ،

قاعدة

من ملك التنجيز ملك التعليق ، ومن لا فلا ؛

واستثنى الزركشي في قواعده من الأول ؛ الزوج يقدر على تنجيز الطلاق والتوكيل فيه ؛ ولا يقدر على التوكيل في التعليق ، إذا منعنا التوكيل فيه ؛

ومن الثاني صور يصح فيها التعليق ، لمن لا يملك التنجيز ؛

منها : العبد لا يقدر على تنجيز الطلقة الثالثة ، ويملك تعليقها ، إما مقيدا بحال ملكه . كقوله : إن عتقت ، فأنت طالق ثلاثا . أو مطلقا : كإن دخلت ، فأنت طالق ثلاثا ثم دخلت بعد عتقه . فتقع الثالثة على الأصح ؛

ومنها : يجوز تعليق طلاق السنة في الحيض : وطلاق البدعة في طهر لم يمسها فيه وإن كان لا يتصور تنجيز ذلك في هذه الحالة ؛

قاعدة

ما قبل التعليق من التصرفات : صح إضافته إلى بعض محل ذلك التصرف ، كالطلاق والعتق ، والحج . ومالا فلا : كالنكاح ، والرجعة ، والبيع .

واستثنى الإمام من الأول : الايلاء ، فانه يقبل التعليق ولا يصح إضافته إلى بعض المحل إلا الفرج .

ولا استثناء في الحقيقة ، لصدق إضافته إلى البعض .

واستدرك البارزي : الوصية يصح تعليقها ، ولا تصح إضافتها إلى بعض المحل ؛

ويستثنى من الثاني صور :

منها : الكفالة ، والقذف ؛

القول في الاستثناء

فيه قواعد :

الأولى

الاستثناء من النفي : إثبات ، ومن الإثبات : نفي .

فلو قال : أنت طالق ثلاثا إلا اثنتين إلا واحدة ، فالمشهور : وقوع طلقتين ؛ نظائره في الطلاق ، والأقارير كثيرة .

واستشكل على القاعدة مسئلة من قال: والله لالبست ثوبا إلا الكتان، فقعد عريانا، فانه لا يلزمه شيء.

ومقتضى القاعدة: أنه حلف على نفي ماعدا الكتان، وعلى إثبات لبس الكتان، وما لبسه فيحنث؛

وأجاب ابن عبدالسلام: بأن سبب المخالفة أن الأيمان تتبع المنقولات، دون الأوضاع اللغوية، وقد انتقلت «إلا» في الاستثناء في الحلف إلى معنى الصفة: مثل «سواء» «وغير» فيصير معنى حلفه: والله لا لبست ثوبا غير الكتان، ولا يكون الكتان محلوفا عليه، فلا يضر تركه، ولا لبسه.

ونظير هذه المسئلة مسئلة: والله لا أجامعك في السنة إلا مرة فمضت ولم يجامعها أصلا، فحكى ابن كج فيها وجهان.

أحدهما: تلزمه الكفارة، لأن الاستثناء من النفي إثبات: ومقتضى يمينه: أن يجامع مرة، ولم يفعل: فيحنث؛

والثاني: لا، وصححه في الروضة، لأن المقصود باليمين: أن لا يزيد على الواحدة: فرجع ذلك إلى أن العرف يجعل إلا بمعنى غير؛

الثانية

الاستثناء المبهم في العقود باطل.

ومن فروعه

بعتك الصبرة إلا صاعا، ولا يعلم صيعانها، وبعتك الجارية إلا حملها، فإنه باطل.

أما الأقارير، والطلاق: فيصح، ويلزمه البيان: مثل: له على مائة درهم إلا شيئا ونسائي طوالق، إلا واحدة منهن؛

ضابط

لا يصح استثناء منفعة العين. إلا في الوصية، يصح أن يوصي برقبة عين لرجل، ومنفعتها لآخر

الثالثة

الاستثناء المستغرق باطل، وفروعه لا تحصى.

وينبغي استثناء ذلك في الوصية، فانه يصح، ويكون رجوعا عن الوصية فيما يظهر؛

الرابعة

الاستثناء الحكمي، هل هو كالاستثناء اللفظي؟ على أربعة أقسام:

أحدها: مالا يؤثر قطعا، ولو تلفظ به ضر: كما لو باع الموصى بما يحدث من حملها وثمرتها، فإنه يصح: وهي مستثناة شرعا:

ولو باع واستثناها لفظا لم يصح.

الثاني: مايؤثر قطعا، كما لوتلفظ به كبيع دار المعتدة بالأقراء، والحمل:

الثالث: مايصح في الأصح: ولو صرح باستثنائها بطل كبيع دار المعتدة بالأشهر والعين المستأجرة.

الرابع: مايبطل في الأصح، كبيع الحامل بحر، وبحمل لغير مالكها، كما لو باع الجارية إلا حملها.

القول في الدور

مسائل الدور هي: التي يدور تصحيح القول فيها إلى إفساده، وإثباته إلى نفيه.

وهي: حكمي، ولفظي:

فالأول: مانشأ الدور فيه من حكم الشرع:

والثاني: مانشأ من لفظة يذكرها الشخص:

وأكثر مايقع الدور في مسائل الوصايا والعتق ونحوها:

وقد أفرد فيها الأستاذ أبو منصور البغدادي كتابا حافلا، وأفرد كتابا فيما وقع منه في سائر الأبواب.

وهاأنا أورد لك منه نظائر، مفتتحا بمسئلة الطلاق المشهورة:

مسئلة

قال لها: إن، أو إذا، أو متى، أو مهما طلقتك، فأنت طالق قبله ثلاثا، ثم طلقها فثلاثة أوجه:

أحدها: لايقع عليها طلاق أصلا، عملا بالدور، وتصحيحا له، لأنه لو وقع المنجز لوقع قبله ثلاث، وحينئذ فلا يقع المنجز للبينونة.

وحينئذ: لايقع الثلاث لعدم شرطه، وهو التطليق:

والثاني: يقع المنجز فقط:

والثالث: يقع ثلاث تطليقات: المنجزة، وطلقتان من المعلق إن كانت مدخولا بها:

واختلف الأصحاب فى الراجح من الأوجه ، فالمعروف عن ابن سريج : الوجه الأول وهو أنه لا يقع الطلاق ، وبه اشتهرت المسئلة « بالسريجية » ، وبه قال ابن الحداد والقفالان ، والشيخ أبو حامد ، والقاضى أبو الطيب والرويانى . والشيخ أبو على والشيخ أبو إسحاق الشيرازى ، والغزالى .

وعن المزنى أنه قال به فى كتاب المنثور ، وحكاه صاحب الإفصاح عن نص الشافعى وأنه مذهب زيد بن ثابت :

ورجح الثانى ابن القاص ، وأبو زيد ، وابن الصباغ ، والمتولى ، والشريف ناصر العمرى ، ورجع إليه الغزالى آخرا .

قال الرافعى : ويشبه أن تكون الفتوى به أولى ، وصححه فى المحرر ، وتابعه النووى فى المنهاج ، وتصحيح التنبيه .

وقال الأسنوى فى التنقيح ، والمهمات ، فى الوجه الأول : إذا كان صاحب مذهبنا قد نص عليه ، وقال به أكثر الأصحاب ، خصوصا : الشيخ أبو حامد شيخ العراقيين والقفال : شيخ المراوزة ، كان هو الصحيح :

ونقله أيضا فى النهاية عن معظم الأصحاب :

ونصره السبكى أولا ، وصنف فيه تصنيفين ، ثم رجع عنه :

وأكثر ما رد به : أن فيه سد فيه باب الطلاق ، وليس بصحيح ، فإن الحيلة فيه حينئذ : أن يوكل وكيلا يطلقها ، فإنه يقع ، ولا يعارضه المعلق ، بلا خلاف ، لأنه لم يطلقها .

وإنما وقع عليها طلاقه :

فإن عبر بقوله : إن وقع عليك طلاقى : استوت الصورتان :

وذكر ابن دقيق العيد : أن الحيلة فى حل الدور : أن يعكس ، فيقول : كلما لم يقع عليك طلاقى ، فأنت طالق قبله ثلاثا ، فاذا طلقها : وجب أن يقع الثلاث . لأن الطلاق القبلى ـ والحالة هذه ـ معلق على النقيضين ، وهو الوقوع وعدمه :

وكل ما كان لازما للنقيضين ، فهو واقع ضرورة :

ويشبهه قولهم فى الوكالة : كلما عزلتك ، فأنت وكيلى :

نفاذ العزل : أن يقول : كلما عدت وكيلى ، فأنت معزول ، ثم يعزله :

ذكر نظائر هذه المسئلة

قال : إن آليت منك ، أو ظاهرت منك ، أو فسخت بعيبك ، أو لاعنتك ، او راجعتك ، فأنت طالق قبله ثلاثا ، ثم وجد المعلق به : لم يقع الطلاق . وفى صحته الأوجه :

قال : إن فسخت بعيبي ، أو إعساري ، أو استحقيت المهر بالوطء ، أو النفقة ، أو القسم ، فأنت طالق قبله ثلاثا ، ثم وجد نفذ الفسخ ، وثبت الاستحقاق : وإن ألغينا الطلاق المنجز . لأن هذه فسوخ وحقوق . تثبت قهرا ، ولا تتعلق بمباشرته واختياره ؛ فلا يصلح تصرفه دافعا لها ، ومبطلا لحق غيره ؛

قال : إن وطئتك وطئا مباحا : فأنت طالق قبله ، ثم وطئ لم تطلق قطعا ؛

إذ لو طلقت : لم يكن الوطء مباحا ، وليس هنا سد باب الطلاق .

قال : متى وقع طلاقي على حفصة فعمرة طالق قبله ثلاثا ، ومتى وقع طلاقي على عمرة فحفصة طالق قبله ثلاثا ثم طلق إحداهما لم تطلق هي ولا صاحبتها ؛

فلو ماتت عمرة ثم طلق حفصة طلقت ، لأنه لايلزم حينئذ من إثبات الطلاق نفيه ؛

قال زيد لعمرو : متى وقع طلاقك على امرأتك ، فزوجتي طالق قبله ثلاثا : وقال عمرو لزيد مثل ذلك ، لم يقع طلاق كل واحد على امرأته مادامت زوجة الآخر في نكاحه .

قال لها : متى دخلت ـ وأنت زوجتي ـ فعبدي حر قبله ؛ وقال لعبده : متى دخلت وأنت عبدي ، فامرأتي طالق قبله ثلاثا ثم دخلا معا ؛ لم يعتق ولم تطلق ؛

قال الإمام : ولا يخالف أبو زيد في هذه الصورة ، لأنه ليس فيه سد باب التصرف ؛

قال له : متى أعتقتك فأنت حر قبله ثم أعتقه ؛

فعلى الثاني : يعتق ، وعلى الأول : لا ؛

قال : إن بعتك ، أو رهنتك فأنت حر قبله ، فباعه ؛

فعلى الثاني : يصح ، ولا عتق ، وعلى الأول : لا ؛

قال لغير مدخول بها : إن استقر مهرك علي فأنت طالق قبله ثلاثا ، ثم وطئ ؛

فعلى الأول : لايستقر المهر بهذا الوطء ، لأنه لو استقر بطل النكاح قبله ، وإذا بطل النكاح سقط نصف المهر ، وعلى الثاني يستقر ولا تطلق ؛

قال : أنت طالق ثلاثا قبل أن أخالعك بيوم على ألف تصح لي ثم خالعها على ألف .

فعلى الأول : لايصح الخلع ، وعلى الثاني يصح ، ويقع ولا يقع الطلاق المعلق .

قال : إن وجبت علي زكاة فطرك ، فأنت حر وطالق قبل وجوبها ؛

فعلى الأول : لاتجب زكاة فطره وفطرها .

وعلى الثاني : تجب ، ولا يعتق ولا تطلق ؛

ذكره الأستاذ أبو منصور ؛

مسائل الدور فى العبادات

مسئلة

قال الأستاذ أبو منصور : قول الأصحاب إن النجاسات لاتطهر بشىء من المائعات سوى الماء ، لأن وقوع التطهير بها يؤدى إلى وقوع التنجيس بها ، لأن أبا حنيفة وافق على أن الخل اذا غسل به شىء نجس ، صار الخل نجسا ؛

مسئلة

متطهران : وجد بينهما ريح ، شك كل واحد منهما فى وجوده منه ، فلكل أن يصلى منفردا أو إماما ، وليس لأحدهما أن يقتدى بالآخر لأنا لو صححنا اقتداءه به مع الحدث جعلنا إمامه طاهرا ، واذا كان الإمام طاهرا ، تعين الحدث فى المأموم ؛ لأن أحدهما محدث ، وإذا صار محدثا لم يصح اقتداؤه مع الحدث .

فكان فى صحة الاقتداء فساده ، وكذلك مسئلة الاناءين وأشباهها ؛

مسئلة

سها إمام الجمعة وعلم أنه إن سجد للسهو خرج الوقت لايسجد لأن تصحيح سجود السهو حينئذ يؤدى إلى إبطاله ، لأن الجمعة تبطل بخروج وقتها ؛

وإذا بطلت : بطل سجود السهو ؛

مسئلة

من دخل الحرم من غير إحرام ، لايلزمه القضاء لأن لزومه يؤدى إلى إسقاط لزومه ؛ لأنا إذا ألزمناه القضاء ، وجب عليه دخول الحرم ، فيلزمه إحرام مختص به ، فيقع ماأحرم به عنه لاعن القضاء ، فكان إيجابه مؤديا إلى إسقاطه :

ذكر هذه المسائل : الأستاذ أبو منصور فى كتابه ؛

مسئلة

فى أمثلة من الدور الحكمى

لو أذن لعبده : أن يتزوج بألف ، وضمن السيد الألف ثم باع العبد من الزوجة قبل الدخول بتلك الألف بعينها لم يصح البيع .

لأنا لو صححنا البيع ملكته ، وإذا ملكته بطل النكاح ، وإذا بطل النكاح من قبلها سقط المهر ، وإذا سقط المهر : بطل الثمن ، وإذا بطل الثمن المعقود عليه بعينه بطل البيع ففى إجازة البيع إبطاله ؛

قال أبو على الزجاجى : ولهذه المسئلة نظائر كثيرة ؛

منها : لو شهد رجلان على رجل أنه أعتق عبديه : سالما وغانما ؛ فحكم بعتقهما ثم شهدا بفسق الشاهدين لم يقبل لأنها لو قبلت عادا رقيقين وإذا عادا رقيقين بطلت شهادتهما فقبول شهادتهما : يؤدى إلى إبطالها ، فأبطلناها ؛

ومنها : لو مات وخلف ابنا وعبدين ، قيمتهما ألف فأعتقهما الابن فشهدا على الميت بألف دينا لم تقبل شهادتهما ، لأنها لو قبلت عادا رقيقين ، فيكون فى إجازة شهادتهما إبطالها ؛

ومنها : لو مات عن أخ وعبدين ، فأعتقهما الأخ ، فشهدا بابن للميت ، لم تقبل ، لما ذكر ؛

ومنها : لو زوج أمته من عبد ، وأعتقها فى مرضه بعد قبض مهرها قبل الدخول ، ولا يخرج من الثلث إلا بضم المهر إلى التركة ، فلا يثبت لها خيار العتق لأنه لو ثبت وجب رد المهر ، فلا تخرج كلها من الثلث ، فلا تعتق كلها وإذا رق بعضها ، فلا خيار لها ففى إثبات الخيار لها إبطاله ؛

ومنها : لو قال لأمته : إن زوجتك فأنت حرة ، فزوجها ، لم تعتق لأن فى عتقها إبطاله ، لأنا لو قلنا بعتقها فى ذلك اليوم بطل تزويجها ، وإذا بطل تزويجها بطل عتقها ، فثبت النكاح ولا عتق ؛

قلت : ونظيرها مالو قال ، إن بعتك فأنت حر ؛

ومنها : لو ادعى المقذوف بلوغ القاذف وأنكر ولا بينة ، لم يحلف القاذف أنه غير بالغ لأن فى الحكم بيمينه إبطالها ، إذ اليمين من غير البالغ لا يعتد بها ؛

ومنها : لو دفع إلى رجل زكاة فاستغنى بها ، لم يسترجع منه لأن الاسترجاع منه يوجب دفعها ثانيا ، لأنه يصير فقيرا بالاسترجاع .

قال الزجاجى : والأصل فى هذه المسائل كلها قوله تعالى (ولا تكونوا كالتى نقضت غزلها من بعد قوة أنكاثا) فعيّر من نقض شيئا بعد أن أثبته ، فدل على أن كل ما أدى إثباته إلى نقضه باطل ؛

القول فى العدالة

حدها الأصحاب : بأنها ملكة ، أى هيئة راسخة فى النفس تمنع من اقتراف كبيرة أو صغيرة دالة على الخسة أو مباح يخل بالمروءة ؛

وهذه أحسن عبارة فى حدها ؛

وأضعفها قول من قال : اجتناب الكبائر والإصرار على الصغائر ؛

لأن مجرد الاجتناب من غير أن تكون عنده ملكة ، وقوة تردعه عن الوقوع فيما يهواه غير كاف فى صدق العدالة :

ولأن التعبير بالكبائر بلفظ الجمع يوهم أن ارتكاب الكبيرة الواحدة لايضر وليس كذلك :

ولأن الإصرار على الصغائر من جملة الكبائر ، فذكره فى الحد تكرار :

ولأن صغائر الخسة ورذائل المباحات خارج عنه مع اعتباره :

قال فى الروضة : وهل الإصرار السالب للعدالة ، المداومة على نوع من الصغائر ، أم الإكثار من الصغائر ، سواء كانت من نوع أو أنواع ؟ فيه وجهان :

يوافق الثانى قول الجمهور : من غلبت طاعاته معاصيه كان عدلا ، وعكسه فاسق :

ولفظ الشافعى فى المختصر يوافقه :

فعلى هذا لاتضر المداومة على نوع من الصغائر إذا غلبت الطاعة :

وعلى الأول : تضر :

واعترضه فى المطلب : بأن مقتضاه أن مداومة النوع الواحد تضر على الوجهين :

أما على الأول : فظاهر ، وأما على الثانى : فلأنه فى ضمن حكايته ، قال : إن الإكثار من نوع واحد كالاكثار من الأنواع ، وحينئذ : لايحسن معه التفصيل

نعم : يظهر أثرها فيما لو أتى بأنواع من الصغائر :

إن قلنا بالأول : لم يضر لمشقة كف النفس عنه ، وهو ماحكاه فى الإبانة :

وإن قلنا بالثانى : ضر :

وتبعه فى المهمات وقال : يدل على ماذكرناه ، أنه خالف المذكور هنا :

وجزم فى الكلام على الأولياء ، وفى الرضاع : بأن المداومة على النوع الواحد تصيره كبيرة :

وأجاب البلقينى : بأن الاكثار من النوع الواحد غير المداومة ، فان المراد بالأكثرية التى تغلب بها معاصيه على طاعته ، وهذا غير المداومة :

فالمؤثر على الثانى : إنما هو الغلبة لا المداومة :

والرجوع فى الغلبة إلى العرف ، فانه يمكن أن يراد مدة العمر ، فالمستقبل لايدخل فى ذلك ، وكذا ماذهب بالتوبة وغيرها .

تمييز الكبائر من الصغائر

اضطربت فى حد الكبيرة ، حتى قال ابن عبد السلام : لم أقف لها على ضابط ، يعنى سالما من الاعتراض :

وعدل إمام الحرمين عن جدها إلى حد السالب للعدالة ؛

فقال «كل جريمة تؤذن بقلة اكتراث مرتكبها بالدين ، ورقة الديانة ، فهى مبطلة العدالة ؛

وكل جريمة لاتؤذن بذلك ، بل تبقى حسن الظن بصاحبها لاتحبط العدالة» ؛

قال : وهذا أحسن مايميز به أحد الضدين من الآخر ؛

وأما حصر الكبائر بالعد، فلا يمكن استيفاؤه ؛

فقد أخرج عبد الرزاق فى تفسيره : قال أخبرنا معمر عن ابن طاوس عن أبيه ، قيل لابن عباس «الكبائر سبع ؟ قال : هى إلى السبعين أقرب» ؛

وفى رواية عند ابن أبى حاتم «هى إلى السبعمائة أقرب» ؛

وأكثر من رأيته عدها : الشيخ تاج الدين السبكى فى جمع الجوامع ؛

فأورد منها خمسة وثلاثين كبيرة ، أكثرها فى الروضة وأصلها ؛

وقد أوردتها نظما فى ثمانية أبيات ، لاحشو فيها فقلت :

كالقتل والزنا وشرب الخمر ومطلق المسكر ثم السحر
والقذف واللواط ثم الفطر ويأس رحمة وأمن المكر
والغصب والسرقة والشهادة بالزور والرشوة والقيادة
منع زكاة ودياثة فرار خيانة فى الكيل والوزن ظهار
نميمة كتم شهادة يمين فاجرة على نبينا يمين
وسب صحبه وضرب المسلم سعاية عق وقطع الرحم
حرابة تقديمه الصلاة أو تأخيرها ومال أيتام رأوا
وأكل خنزير وميت والربا والغل أو صغيرة قد واظبا

قلت : زاد فى الروضة ، نسيان القرآن والوطء فى الحيض ؛

نقله المحاملى عن نص الشافعى ؛

وزاد صاحب العدة : إحراق الحيوان وامتناعها من زوجها بلا سبب ، وترك الأمر بالمعروف ، والنهى عن المنكر مع القدرة .

وزاد العلائى فى قواعده : عدم التنزه من البول ، والتقرب بعد الهجرة ، والإضرار فى الوصية ، ومنع ابن السبيل فضل الماء لورودها فى الحديث والشرب فى آنية الذهب ، والفضة للتوعد عليه بالنار ؛

مايشترط فيه العدالة ومالا يشترط

قال العلائى : مدار هذه القاعدة على القاعدة المشهورة فى أصول الفقه «إن المصالح المعتبرة إما فى محل الضرورات أو فى محل الحاجات أو فى محل التتمات ، وإما مستغنى عنها

بالكلية ، إما لعدم اعتبارها أو لقيام غيرها مقامها ؛

وبيان هذا :

أن اشتراط العدالة فى صحة التصرف مصلحة لحصول الضبط بها عن الخيانة والكذب والتقصير ، إذ الفاسق ليس له وازع دينى ، فلا يوثق به ؛

فاشتراط العدالة فى الشهادة والرواية فى محل الضرورات ، لأن الضرورة تدعو إلى حفظ الشريعة فى نقلها وصونها عن الكذب ؛

وكذلك فى الفتوى أيضا لصون الأحكام ، ولحفظ دماء الناس وأموالهم وأبضاعهم وأعراضهم عن الضياع ، فلو قبل فيها قول الفسقة ومن لا يوثق به لضاعت ؛

وكذلك فى الولايات على الغير ، كالامامة الكبرى والقضاء ، وأمانة الحكم والوصاية ومباشرة الأوقاف ، والسعاية فى الصدقات وما أشبه ذلك لما فى الاعتماد على الفاسق فى شىء منها من الضرر العظيم ؛

وأما محل الحاجات : ففى مثل تصرفات الآباء والأجداد لأبنائهم .

ومنهم من طرد فيه الخلاف الآتى فى النكاح والمؤذن المنصوب لاعتماد الناس على قوله فى دخول الأوقات .

إذ لو كان غير موثوق به ، لحصل الخلل فى إيقاع الصلوات فى غير أوقاتها ؛

وأما محل التتمات : فكإمامة الصلوات ، ولذلك لم يشترط فيها العدالة بلا خلاف عندنا إذ ليس فيها توقع خلل بالنسبة إلى المصلين خلفه ، لأن توهم قلة مبالاته بالطهارة عن الحدث والخبث نادر فى الفساق ؛

وكذلك ولاية القريب على قريبه الميت فى التجهيز والتقدم على الصلاة لأن فرط شفقة القريب ، وكثرة حزنه تبعثه على الاحتياط فى ذلك ، وقوة التضرع فى الدعاء له ، فالعدالة فيه من التتمات ؛

وأما المستغنى عنه بالكلية ، لعدم الحاجة إليه ، فكالاقرار لأن طبع الانسان يزعه عن أن يقر على نفسه بما يقتضى قتلا ، أو قطعا ، أو تغريم مال ، فقبل من البر والفاجر اكتفاء بالوازع الطبيعى ؛

ولهذا يقبل إقرار العبد بما يقتضى القصاص دون ما يوجب المال ، لأن طبعه يزعه عن إضرار نفسه بخلاف إضرار سيده ؛

والذى يقوم غيره مقامه : التوكيل والإيداع من المالك ، فان نظره لنفسه قائم مقام نظر الشرع له فى الاحتياط ؛

فيجوز له : أن يوكل الفاسق ويودع عنده ، لأن طبع المالك يزعه عن إتلاف ماله بالتفريط ؛

ولذلك لو كان موكلا أو مودعا في مال الغير ، وجب عليه الاحتياط بالوازع الشرعي .

وهذه فروع اختلف فيها

الأول: ولاية النكاح

وفيها : ثلاثة عشر طريقا :

أشهرها : في اشتراط العدالة : فيها قولان ؛ أصحهما : نعم ، فلا يلي الفاسق : كسائر الولايات ، ولأنه لا يؤمن أن يضعها عند فاسق مثله ؛

والثاني : لا ، لأن الأولين لم يمنعوا الفسقة من تزويج بناتهم ؛

الطريق الثاني: يلي قطعا ؛

الثالث : لا يلي قطعا ؛

الرابع : يلي المجبر دون غيره ، لأنه أكمل شفقة ؛

الخامس : عكسه : لأن المجبر يستقل بالنكاح ، فربما وضعها عند فاسق ، بخلاف غيره : فتنتظر هي لنفسها ، وتأذن ؛

السادس : يلي ، إن فسق بغير شرب الخمر ؛ بخلاف ما إذا كان به ، لاختلال نظره ؛

السابع : يلي المستتر دون المعلن ؛

الثامن : يلي الغيور ، دون غيره ؛

التاسع : يلي ، إن لم يحجر عليه ؛

العاشر : يلي إن كان الإمام الأعظم قطعا ، وإلا فقولان ؛

الحادي عشر : يلي - إن كان الإمام - نساء المسلمين ، لا مولياته ؛

الثاني عشر : يلي ، إن كان بحيث لو سلبناه الولاية انتقلت إلى حاكم مثله ، وإلا فلا ؛ قاله الغزالي ، واستحسنه النووي ؛

الثالث عشر : - قاله في البحر - يلي ابنته ، ولا يقبل النكاح لابنه ؛

الفرع الثاني : الاجتهاد

قيل : العدالة ركن فيه ؛ والأصح : لا ، بل هي شرط لقبول إخباره ، حتى يجب عليه الأخذ بقول نفسه ؛

ما يشترط فيه العدالة الباطنة ، وما لا

فيه فروع

منها : أفتى ابن الصلاح : أن الشاهد بالرشد لا يجب عليه معرفة عدالة المشهود له باطنا ، بل يكفي العدالة ظاهرا ؛

ومنها : شهود النكاح ، يكفى أن يكونوا مستورين : ولا يشترط فيهم معرفة العدالة الباطنة على الصحيح ، لأن النكاح ينعقد بين أوساط الناس ؛ ومن يشق عليه البحث عنها فاكتفى بالعدالة الظاهرة ، ولهذا لايكتفى بها لو أريد إثباته عند حاكم ، أو كان العاقد الحاكم كما جزم به ابن الصلاح ؛

ومنها : الرواية ، والأصح فيها قبول المستور ، كما صححه فى شرح المهذب وغيره ؛

ومنها : ولى النكاح ، والأب فى مال ولده لايشترط فيهما العدالة الباطنة ؛

ومنها : المفتى لايشترط (فيه العدالة الباطنة) ؛

ومنها : من له الحضانة ؛

ومنها : مافى فتاوى السبكى : أن الناظر من جهة الواقف . هل يشترط فيه العدالة الباطنة كالناظر من جهة القاضى ، أو تكفى فيه العدالة المجوزة لتصرف الأب فى مال ولده ؟ محتمل ؛ والظاهر : الثانى ؛

وإذا حكم له الحاكم بالنظر ؛ هل يتوقف على ثبوت عدالته الباطنة ، أو تكفى عدالته الظاهرة ؟ محتمل ؛ ويتجه أن يكون كالأب إذا باع شيئا وأراد إثباته عند الحاكم ؛

وما عدا ذلك يشترط فيه العدالة الباطنة جزما .

تنبيه

فى المراد بالمستور أوجه :

أحدها : أنه من عرفت عدالته ظاهرا لاباطنا ، وهو الذى صححه النووى ؛

الثانى : أنه من علم إسلامه ، ولم يعلم فسقه ، وهو الذى بحثه الرافعى ، ونقله الرويانى عن النص ، وصوبه فى المهمات ؛

وقال السبكى : إنه الذى يظهر من كلام الأكثرين ترجيحه ؛

الثالث : أنه من عرفت عدالته باطنا فى الماضى ، وشك فيها وقت العقد فيستصحب ؛

وهذا ماصححه السبكى ؛

مايشترط فيه العدد ، ومالا

اتفقوا على قبول الواحد فى نجاسة الماء ، ونحوه ، وفى دخول وقت الصلاة ، وفى الهدية والإذن فى دخول الدار ؛

ونقل ابن حزم : إجماع الأمة على قبول قول المرأة الواحدة فى إهداء الزوجة لزوجها ليلة الزفاف ، مع أنه إخبار عن تعيين مباح جزئى لجزئى : فكان مقتضاه : أن لايقبل فى مثله ؛

لكن اعتضد هذا بالقرينة المستمرة عادة: أن التدليس لايدخل فى مثل هذا ، ويدلك على الزوج غير زوجته .

وهذه فروع جرى فيها خلاف

الأول

الشهادة ، ولا خلاف عندنا فى اشتراط العدد فيها: إلا فى هلال رمضان ؛ ففيه قولان أصحهما عدم اشتراطه ، وقبول الواحد فيه .

واختلف على هذا : هل هو جار مجرى الشهادة ، أو الرواية ؟ قولان : أصحهما : الأول .

وينبنى عليهما قبول المرأة ، والعبد فيه ، والمستور ، والإتيان بلفظ الشهادة ، والاكتفاء فيه بالواحد عن الواحد .

والأصح فى الكل : مراعاة حكم الشهادة ، إلا فى المستور .

وحيث قبل الواحد ، فذلك فى الصوم ، وصلاة التراويح : دون حلول الآجال ، والتعليقات وانقضاء العدد .

ونظير ذلك : لو شهد واحد بإسلام ذمى مات ، قبل فى وجوب الصلاة عليه على الأرجح دون إرث قريبه المسلم ، ومنع قريبه الكافر اتفاقا .

ونظيره أيضا : لو شهد بعد الغروب يوم الثلاثين برؤية الهلال الليلة الماضية : لم تقبل هذه الشهادة ، إذ لا فائدة لها ، إلا تفويت صلاة العيد .

نعم : تقبل فى الآجال ، والتعليقات ، ونحوها .

الثانى

الرواية ، والجمهور على عدم اشتراط العدد فيها .

ومنهم : من شرط رواية اثنين ، وقيل أربعة .

وقد ذكرت حجج ذلك ، وردها فى شرح التقريب ، والتيسير مبسوطا .

الثالث

الخارص ، وفيه قولان :

أصحهما : الاكتفاء بالواحد ، تشبيها بالحكم .

والثانى : غلب جانب الشهادة .

وفى وجه ثالث : إن خرص على محجور ، أو غائب : شرط اثنان ، وإلا فلا .

وعلى الأول : الأصح : اشتراط حريته وذكورته ، كما فى هلال رمضان .

الرابع

القاسم : وفيه قولان ، لتردده أيضا بين الحاكم والشاهد ؛ والأصح : يكفى واحد ؛

الخامس

المقوم : ويشترط فيه العدد ، بلا خلاف عندنا ، لأن التقويم شهادة محضة ؛ ومالك ألحقه بالحاكم ؛

السادس

القائف ، وفيه خلاف ، لتردده بين الرواية والشهادة ؛

والأصح : الاكتفاء بالواحد تغليبا لشبه الرواية،لأنه منتصب انتصابا عاما ، لإلحاق النسب ؛

السابع

المترجم كلام الخصوم للقاضى ، والمذهب : اشتراط العدد فيه ؛

الثامن

المسمع ، إذا كان القاضى أصم ؛

والأصح اشتراط العدد فيه ؛

والثانى : غلب جانب الرواية ؛

والثالث : إن كان الخصمان أصمين أيضا : اشترط ، وإلا فلا ؛

وأما إسماع الخصوم كلام القاضى ، وما يقوله الخصم : فجزم القفال بأنه لاحاجة فيه إلى العدد ، وكأنه اعتبره رواية فقط ؛

التاسع

المعرف : ذكر الرافعى فى الوكالة فيما إذا ادعى الوكيل لموكله الغائب ؛ وهو غير معروف أن العبادى قال : لابد وأن يعرف بالموكل شاهدان يعرفهما القاضى ، ويثق بهما ؛

قال : هذه عبارة العبادى ، والذى قاله العراقيون : أنه لابد من إقامة البينة على أنه فلان بن فلان وكله .

وقال القاضى أبو سعد فى شرح مختصر العبادى : يمكن أن يكتفى بمعرف واحد إذا كان موثوقا به ، كما ذكر الشيخ أبو محمد: أن تعريفه فى تحمل الشهادة عليها ؛ يحصل بمعرف واحد ، لأنه إخبار وليس بشهادة ؛

العاشر

بعث الحكم عند الشقاق : هل يجوز أن يكون واحدا ؟ فيه وجهان :
اختار ابن كج : المنع ، لظاهر الآية .
قال الرافعي : ويشبه أن يقال : إن جعلناه تحكيما لم يشترط فيه العدد ، أو توكيلا فكذلك ، إلا في الخلع فيكون على الخلاف في تولي الواحد طرفي العقد :

الحادي عشر

اختلف المتبايعان في صفة : هل هي عيب ؟ :
قال في التهذيب : يرجع إلى قول واحد من أهل الخبرة بأنه عيب يثبت به الرد :
واعتبر صاحب التتمة شهادة اثنين ، لقوة شبهه بالشهادة ، كالتقويم :
ولو اختلف الزوجان في قرحة . هل هي جذام ؟ أو في بياض . هل هو برص ؟ اشترط فيه: شهادة شاهدين عالمين بالطب :
كذا جزم به في أصل الروضة ، في النكاح :

الثاني عشر

في الرجوع إلى قول الطبيب ، وذلك في مواضع :
أحدها : في الماء المشمس على الوجه القائل بمراجعة أهل الطب :
قال في البيان إن قال طبيبان إنه يورث البرص كره ، وإلا فلا :
قال في شرح المهذب : واشتراط طبيبين ضعيف : بل يكفي واحد ، فانه من باب الإخبار :
ثانيها : اعتماده في المرض المبيح للتيمم ، والذي قطع به الجمهور : أنه يكفي قول طبيب واحد :
وفي وجه : لابد من اثنين :
وفي ثالث : يجوز اعتماد العبد والمرأة .
وفي رابع : والفاسق والمراهق :
وفي خامس : والكافر :
ثالثها : اعتماده في كون المرض مخوفا في الوصية :
قال الرافعي : لابد فيه من الاسلام والبلوغ والعدالة والحرية والعدد :
قال : ولا يبعد جريان الخلاف الذي في التيمم هنا .
وقال النووي : المذهب الجزم باشتراط العدد وغيره ، لأنه يتعلق به حقوق آدميين

من الورثة والموصى لهم ، فاشترط فيه شروط الشهادة بغيره بخلاف الوضوء فإنه حق الله وله بدل

رابعها : اعتماده فى أن المجنون ينفعه التزويج ، وكذا المجنونة ؛

وعبارة الشرح ، والروضة تقتضى اشتراط العدد ، وحيث قالا عند إشارة الاطباء وفى موضع أرباب الطب ؛

وعبارة الشامل : إذا قال أهل الطب ؛

قال العلائى : ولم أجد أحدا تعرض للاكتفاء فيه بواحد ، ولا يبعد ؛ لأنه جار مجرى الإخبار ؛

تذنيب

مقدرات الشريعة على أربعة أقسام .

أحدها : ما يمنع فيه الزيادة والنقصان ، كأعداد الركعات ، والحدود ، وفروض المواريث .

الثانى : مالا يمنعها ، كالثلاث فى الطهارة ؛

الثالث : ما يمنع الزيادة دون النقصان ، كخيار الشرط بثلاث وإمهال المرتد بثلاث والقسم بين الزوجات بثلاث ؛

الرابع : عكسه كالثلاث فى الاستنجاء ، والتسبيع فى الولوغ والطواف والخمس فى الرضاع ؛ والنجوم فى الكتابة ونصب الزكاة والشهادة والسرقة .

تذنيب

المقدرات أربعة أقسام

أحدها : ماهو تقريب قطعا ، كسن الرقيق الموكل فى شرائه أو المسلم فيه ، حتى لو شرط التحديد ، بطل العقد ؛

الثانى : ماهو تحديد قطعا ، كتقدير مدة الخف ، وأحجار الاستنجاء ، وغسل ولوغ الكلب ، والأربعين فى الجمعة ، ونصب الزكاة وأصنافها ، وسن الأضحية وآجال الزكاة والجزية والدية ؛ وتغريب الزانى وإنظار المولى ، والعنين ومدة الرضاع ومقادير الحدود ونصاب السرقة ؛

الثالث : مافيه خلاف ، والأصح أنه تقريب ، كتقدير القلتين بخمسمائة ، وسن الحيض بتسع والمسافة بين الصفين بثلاثة أذرع ، ومسافة القصر بثمانية وأربعين ميلا ؛

الرابع : عكسه كتقدير الخمسة الأوسق بألف وستمائة رطل بالبغدادى ؛

قال فى شرح المهذب : وسبب تحديد ماذكر أن هذه المقدرات منصوصة ولتقديرها حكمة ، فلا يسوغ مخالفتها ؛

وأما المختلف فيه : فيشبه أن تقديره بالاجتهاد ، إذ لم يجىء نص صريح صحيح فى ذلك وما قارب القدر ، فهو فى المعنى مثله ؛

تذنيب

قد يقدر الشىء بحد ولا يبلغ به الحد

من ذلك : العرايا بما دون خمسة أوسق ، والهدنة بما دون السنة والحكومة بما دون الدية والرضخ بما دون السهم ، والتعزير بما دون الحد ، حتى لو عزر بالنفى لم يبلغ سنة ، والمتعة بما دون الشطر فى رأى ، بناء على أنها بدل عنه ؛

ومن ذلك : خاتم الفضة بما دون مثقال ، لقوله صلى الله عليه وسلم « اتخذه من ورق ولا تتمه مثقالا » ؛

تذنيب

أكثر عدد اعتبره الشرع الثلاثة ثم السبعة .

فاعتبرت الثلاثة فى مسحات الاستنجاء والطهارة : وضوءا وغسلا ، ومدة الخف للمسافر ، والعادات غالبا ومدة الخيار ، والقسم والإحداد على غير الزوج ، والطلاق والإقرار والأشهر فى العدة ، وإمهال الزوجة للدخول ، والمرتد وتارك الصلاة إن أمهلناها ، وتسبيحات الركوع والسجود ، وشهادة الاعسار فى رأى الفورانى والمتولى ، والعدد الذين يحضرون بيعة الامام فى رأى .

واعتبرت السبعة : فى غسل الولوغ وتكبيرات العيد فى الركعة الأولى ، والخطبة الثانية وأشواط الطواف والسعى ، وسن التمييز ، والأمر بالصلاة والصوم ؛

واعتبر الاثنان فى الجماعة والشهادة غالبا ؛

واعتبرت الأربعة : فى عدد المنكوحات ، وشهادة الزنا واللواط ، وإتيان البهيمة والعدد الذين يحضرون البيعة فى رأى .

والخمسة : فى تكبيرات العيد فى الركعة الثانية ، وأول نصاب الابل ، والعدد الذين يحضرون البيعة فى رأى ؛

والتسعة : فى تكبيرات العيد فى الخطبة الأولى ، وسن الحيض والانزال ؛

والعشرة : فى سن الضرب على ترك الصلاة ؛

والثلاثون : فى أول نصاب البقر ؛

والأربعون : فى العدد الذى تنعقد به الجمعة ، والذين يحضرون البيعة على رأى ، وأول نصاب الغنم .

والسبعون : فى الخطوات للاستبراء ؛

والمائة : فى الدية ؛

ضابط

ليس لنا موضع يعتبر فيه حضور أربعين كاملين إلا الجمعة ، والعدد الذين يبايعون الإمام على رأى ؛

القول

فى الأداء والقضاء والاعادة والتعجيل

العبادة : إن لم يكن لها وقت محدود الطرفين ، لم توصف بأداء ولا قضاء ولا تعجيل كالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ورد المغصوب والتوبة من الذنوب ، وإن أثم المؤخر لها عن المبادرة إليه :

فلو تداركه بعد ذلك : لايسمى قضاء ؛

وإن كان : فإما أن يقع فى الوقت أو قبله أو بعده ؛

والثانى : التعجيل .

والثالث : القضاء .

والأول : إن لم يسبق بفعلها مرة أخرى ، فالأداء ، وإلا فالإعادة ؛

مايوصف بالأداء والقضاء ومالا

فيه فروع

الأول

الوضوء والغسل : يوصفان بالأداء .

وتردد القاضى أبو الطيب فى وصفهما بالقضاء ؛

ولم يقف ابن الرفعة على نقل فى ذلك ، فقال : يمكن وصف الوضوء بالقضاء تبعا للصلاة .

وصوره : بما إذا خرج الوقت ولم يتوضأ ولم يصل ؛

فلو توضأ بعد الوقت سمى قضاء ؛

ويقوى ذلك ، إذا قلنا يجب الوضوء بدخول ال[illegible] ؛

قيل : وفائدة ذلك تظهر فى لابس خف أحدث ولم يمسح ، وخرج وقت الصلاة ، ثم سافر ، صار الوضوء قضاء عن المسح الواجب فى الحضر ، فلا يمسح إلا مسح مقيم ، كما قاله أبو إسحاق لمن فاتته صلاة فى الحضر ، فقضاها فى السفر فانه يتم .

والجمهور منعوا ذلك وقالوا : يمسح ثلاثا .

وفرقوا بأن الوضوء لم يستقر فى الذمة بخلاف الصلاة .

وعلى هذا ، فالمراد بأداء الوضوء : الإيقاع ، لا المقابل للقضاء .

الثانى

الأذان ، هل يوصف بالأداء أو القضاء ؟ لم أر من تعرض له .

وينبغى أن يقال : إن قلنا الأذان للوقت ، ففعله بعده للمقضية قضاء ، فيوصف بهما وإن قلنا : للصلاة ، وهو القديم المعتمد فلا .

الثالث والرابع والخامس

الصلوات الخمس وصوم رمضان ، والحج والعمرة ، كلها توصف بالأداء والقضاء

فان قيل : وقت الحج والعمرة ، العمر كله فكيف يوصف بالقضاء إذا شرع فيه ، ثم أفسده ؟ .

فالجواب : أنه تضيق بالشروع فيه .

ونظيره قول القاضى حسين والمتولى والرويانى : لو أفسد الصلاة صارت قضاء ، وإن أوقعها فى الوقت ، لأن الخروج منها لا يجوز ، فيلزم فوات وقت الإحرام بها ، نقله الأسنوى ساكتا عليه .

لكن ضعفه البلقينى وقال : يلزم عليه أنه لو وقع ذلك فى الجمعة لم تعد لأنها لا تقضى وذلك ممنوع .

السادس

النوافل المؤقتة ، كلها توصف بهما .

السابع

صلاة الجمعة توصف بالأداء ، لا بالقضاء .

الثامن

الصلاة التى لها سبب ، لا توصف بالقضاء .

التاسع

صلاة الجنازة ، لم أر من تعرض لها .

والظاهر أنها توصف بالأداء ، وبالقضاء إذا دفن قبلها فصلى على القبر ، لأنها لو كانت حينئذ أداء لم يحرم التأخير إليه وهو حرام ، فدل على أن لها وقتا محدودا .

العاشر

الرمى : إذا ترك رمى يوم تداركه في باقى الأيام ؛ وهل هو أداء أو قضاء ؟ فيه قولان :

أحدهما : قضاء لمجاوزته الوقت المضروب له .

وأظهرهما : أداء ، لأن صحته مؤقتة بوقت محدود ، والقضاء : ليس كذلك .

وعلى هذا : لا يجوز تداركه ليلا ، ولا قبل الزوال ، لأنه لم يشرع في ذلك الوقت رمى .

ويجوز تأخير رمى يوم ويومين ، ليفعله مع ما بعده ، وتقديم اليوم الثانى والثالث مع اليوم الأول .

ويجب الترتيب بين المتروك ورمى اليوم .

وعلى الأول : يكون الأمر بخلاف ذلك .

هكذا فرع الرافعى .

وجزم في الشرح الصغير بتصحيحه ، أعنى منع التدارك ليلا وقبل الزوال ، وجواز التقديم والتأخير .

وصحح النووى : الجواز ليلا ، وقبل الزوال ومنع التقديم ، وعدم وجوب الترتيب إذا تداركه قبل الزوال .

الحادى عشر

كفارة المظاهر تصير قضاء إذا جامع قبل إخراجها ، نص عليه الشافعى .

الثانى عشر

زكاة الفطر ، إذا أخرها عن يوم العيد صارت قضاء .

والحاصل : أن ماله وقت محدود ، يوصف بالأداء والقضاء إلا الجمعة ، وما لا فلا .

ومن هنا علم فساد قول صاحب المعاياة : كل صلاة تفوت في زمن الحيض لا تقضى إلا في مسئلة وهى : ركعتا الطواف لأنها لا تتكرر بخلاف سائر الصلوات لأن ذلك لا يسمى قضاء ، إذ القضاء : إنما يدخل المؤقت ، وهاتان الركعتان لا يفوتان أبدا مادام حيا .

نعم يتصور قضاؤهما في صورة الحج عن الميت - إن سلم أيضا - أن فعلهما يسمى قضاء

تنبيه

من المشكل قول الأصحاب : يدخل وقت الرواتب قبل الفرض بدخول وقت الفرض وبعده بفعله ، ويخرج النوعان بخروج وقت الفرض ؛

ووجه الإشكال : الحكم على الراتبة البعدية بخروج وقتها ، بخروج وقت الفرض ؛

وذلك شامل لما إذا فعل الفرض ، ولما إذا لم يفعل ، مع أن الوقت فى الصورة الثانية لم يدخل بعد ، فكيف يقال بخروجه وبصيرورتها قضاء ؟ ؛

وأقرب مايجاب به أن يقال : إن وقتها يدخل بوقت الفرض وفعله شرط لصحتها .

قاعدة

كل عبادة مؤقتة فالأفضل تعجيلها أول الوقت ، إلا فى صور :

الظهر فى شدة الحر ، حيث يسن الابراد ؛

وصلاة الضحى أول وقتها طلوع الشمس ، ويسن تأخيرها لربع النهار ؛

وصلاة العيدين : يسن تأخيرها لارتفاع الشمس ؛

والفطرة : أول وقتها غروب شمس ليلة العيد ، ويسن تأخيرها ليومه ؛

ورمى جمرة العقبة ، وطواف الإفاضة والحلق : كلها يدخل وقتها بنصف ليلة النحر . ويستحب تأخيرها ليوم النحر ؛

وقلت فى ذلك :

أول الوقت فى العبادة أولى ماعدا سبعة ، أنا المستقرى
فطرة والضحى وعيد وظهر والطواف الحلاق رمى النحر

وإن شئت ، فقل بدل هذا البيت :

الضحى العيد فطرة ثم ظهر حيث الإبراد سائغ بالحر
وطواف الحجيج ثم حلاق بعد حج ورمى يوم النحر

ضابط

ليس لنا قضاء يتأقت إلا فى صور :

أحدها : على رأى ضعيف ـ فى الرواتب ؛

قيل : يقضى فائتة النهار ، مالم تغرب شمسه . وفائتة الليل ، مالم يطلع فجره ؛

وقيل : كل تابع مالم يصل فريضة مستقلة ؛

وقيل : مالم يدخل وقتها ؛

الثانى : ـ على رأى أيضا ـ وهو الرمى ، لايقضى إلا بالليل ؛

الثالث : كفارة المظاهر إذا جامع قبل التكفير ، صارت قضاء ؛

ويجب أن يوقع القضاء قبل جماع آخر .

الرابع : قضاء رمضان مؤقت بما قبل رمضان آخر .

فائدة

من العبادات : مايقضى فى جميع الأوقات ، كالصلاة والصوم .

ومنها : مالا يقضى إلا فى وقت مخصوص ، كالحج :

ومنها : مايقضى على الفور ، كالحج والعمرة إذا فسدا ، والصلاة والصوم المتروكين عمدا :

وما يقضى على التراخى ، كالمتروكين بعذر :

قاعدة

فيما يجب قضاؤه بعد فعله لخلل ، ومالا يجب

قال فى شرح المهذب : قال الأصحاب : الأعذار قسمان : عام ، ونادر :

فالعام : لاقضاء معه ، للمشقة :

ومنه : صلاة المريض قاعدا ، أو موميا ، أو متيمما ، والصلاة بالايماء فى شدة الخوف وبالتيمم فى موضع ، يغلب فيه فقد الماء :

والنادر : قسمان ، قسم يدوم غالبا ، وقسم لايدوم :

فالأول : كالمستحاضة ، وسلس البول ، والمذى ، ومن به جرح سائل ، أو رعاف دائم ، أو استرخت مقعدته ، فدام خروج الحدث منه ، ومن أشبههم :

فكلهم يصلون مع الحدث ، والنجس ، ولا يعيدون للمشقة والضرورة .

والثانى نوعان :

نوع يأتى معه ببدل للخلل ، ونوع لايأتى .

فالأول : كمن تيمم فى الحضر لعدم الماء ، أو للبرد مطلقا ، أو لنسيان الماء فى رحله أو مع الجبيرة الموضوعة على غير طهر :

والأصح فى الكل : وجوب الإعادة :

ومنه من تيمم مع الجبيرة الموضوعة على طهر ، ولا إعادة عليه ، فى الأصح :

قال فى شرح المهذب ، ومن الأصحاب من جعل مسئلة الجبيرة : من العذر العام ، وهو حسن :

والثانى : كمن لم يجد ماء ولا ترابا ، والزمن والمريض الذى لم يجد من يوضئه ، أو من يوجهه إلى القبلة ، والأعمى الذى لم يجد من يدله عليها ، ومن عليه نجاسة لايعفى عنها ولا يقدر على إزالتها ، والمربوط على خشبة ومن شد وثاقه ، والغريق ومن حول عن القبلة أو أكره على الصلاة مستدبرا أو قاعدا :

فكل هؤلاء تجب عليهم الإعادة لندور هذه الأعذار؛

وأما العارى : فالمذهب أنه يتم الركوع والسجود ، ولا إعادة عليه ؛

وقيل : يومئ ، ويعيد ؛

ومن خاف فوت الوقوف أو صلى العشاء ؛ قيل : يصلى صلاة شدة الخوف ويعيد ، واختاره البلقينى ؛

صرح به العجلى ، كما نقله ابن الرفعة فى الكفاية ؛

وقيل : لايعيد ؛

وقيل : يلزمه الاتمام ، ويفوت الوقوف ، وصححه الرافعى ؛

وقيل : يبادر إلى الوقوف ، ويفوت الصلاة لأنها يجوز تأخيرها عن الوقت ، للجمع بمشقة السفر ؛ ومشقة فوات الحج أصعب ، وهذا ماصححه النووى ؛

قاعـدة

الأصح ؛ أن العبرة بوقت القضاء ، دون الأداء ؛

فيقضى الصلاة الليلية نهارا سرا والنهاية ليلا جهرا ؛

ولو قضيت صلاة العيد فإن كان فى أيام التكبير ؛ فواضح أو بعد انقضائها لم يكبر فيها السبع والخمس ؛

صرح به العجلى : كمانقله ابن الرفعة فى الكفاية ؛

وليس لنا صلاة تقضى على غير هيئتها ، إلا فى هذه الصورة ؛

ويشبه هذه القاعدة :

قاعدة

الأصح : أن العبرة فى الكفارات بوقت الأداء ، دون الوجوب ؛

تنبيه

من المشكل قوله ، فى الروضة من زوائده : صلاة الصبح ، وإن كانت نهارية ، فهى فى القضاء جهرية ، ولوقتها حكم الليل فى الجهر ؛

قال الأسنوى : قد فهم أكثر الناس هذا الكلام على غير ماهو عليه ، وعملوا به إلى أن يثبت لهم المراد منه ؛

فأما قوله « فهى فى القضاء جهرية ، ولوقتها حكم الليل فى الجهر » فقد توهموا منه أن الصبح تقضى بعد طلوع الشمس جهرا ، وليس كذلك : بل سرا على الصحيح ، كما هو القياس ؛

وتقرير كلام الروضة : أن الصبح ، وإن كانت من صلوات النهار : فحكمها حكم

الصلوات الجهرية إذا قضيت ؛ حتى يجهر فيها ؛ بلا خلاف إن قضيت ليلا ، أو في وقت الصبح ، ويكون الأول مستثنى من قولهم : إن من قضى فائتة النهار بالليل ، ففي الجهر فيه وجهان ؛

والثاني من قولهم : إن من قضى فائتة النهار بالنهار ، يسر بلا خلاف ؛ وحتى يسر على الصحيح — إن قضاها بعد طلوع الشمس : فيكون ذلك مستثنى من قولهم : إن من قضى فائتة النهار بالنهار يسر ، بلا خلاف ؛

وقد عبر في شرح المهذب بأوضح من عبارة الروضة ؛ فقال : صلاة الصبح وإن كانت نهارية ، فلها في القضاء في الجهر حكم الليلية ؛

وصرح في شرح مسلم : بأن الصبح إذا قضيت نهارا تقضى سرا ؛ على الصحيح ؛ فوضح بهذا ماقرر به كلام الروضة ؛

وأما قوله : ولوقتها في الجهر ؛ حتى يجهر ؛ بلا خلاف إذا قضى فيه : المغرب ؛ والعشاء ، ويكون مستثنى من قولهم : إن من قضى فائتة الليل بالنهار ، يسر على الصحيح وكذلك إذا قضى فيها الصبح ؛ كما تقدم ، وحتى يجهر على الصحيح إذا قضى فيه الظهر والعصر : فيكون مستثنى من قولهم : إذا قضى فائتة النهار ، يسر بلا خلاف ؛

قاعدة

كل من وجب عليه شيء ؛ ففات ؛ لزمه قضاؤه ، استدراكا لمصلحته ، إلا في صور .

منها : من نذر صوم الدهر ، فانه إذا فاته منه شيء لايتصور قضاؤه ، فلا يلزمه ؛

ومنها : نفقة القريب إذا فاتت ، لم يجب قضاؤها ؛

ومنها : إذا نذر أن يصلى الصلوات في أوائل أوقاتها ، فأخر واحدة ، فصلاها في آخر الوقت :

ومنها : إذا نذر أن يتصدق بالفاضل من قوته كل يوم ؛ فأتلف الفاضل في يوم ؛ لاغرم عليه ، لأن الفاضل عن قوته بعد ذلك مستحق التصدق به بالنذر ، لابالغرم ؛

ومنها : إذا نذر أن يعتق كل عبد يملكه : فملك عبيدا ، وأخر عتقهم ، حتى مات ؛ لم يعتقوا بعد موته ؛ لأنهم انتقلوا إلى ورثته ؛

ومنها : إذا نذر أن يحج كل سنة من عمره ، ففاته من ذلك شيء ؛

ومنها : إذا دخل مكة بغير إحرام ، وقلنا بوجوبه ، فلا يمكن قضاؤه ، لأنه إذا خرج إلى الحل كان الثاني واجبا بالشرع ، لابالقضاء ؛

ومنها : رد السلام إذا تركه ، لايقضى ولا يثبت في الذمة ؛

ومنها : الفرار من الزحف ، لاقضاء فيه ، ولا كفارة ؛

ومنها : أيام الاستسقاء : إذا قلنا : إنها يجب صومها بأمر الإمام ففاتت : فالذى يظهر : أنها لاتقضى ، لأنها ذات سبب ، وقد زال كصلاة الاستسقاء :

ومنها : المجامع فى رمضان ، إذا كفر على رأى مرجوح :

ضابط

ليس لنا نفل مطلق يستحب قضاؤه ، إلا من شرع فى نفل صلاة ، أو صوم ، ثم أفسده فإنه يستحب له قضاؤه ، كما ذكره الرافعى فى باب صوم التطوع :

مايجوز تقديمه على الوقت ، ومالا

ضابطه : أن ماكان ماليا ، ووجب بسببين . جاز تقديمه على أحدهما : لاعليهما ، ولا ماله سبب واحد ، ولا ماكان بدنية :

فمن ذلك :

الزكاة : يجوز تقديمها على الحول ، لاعلى ملك النصاب ، ولا على حولين فى الأصح.

وزكاة الفطر : يجوز تقديمها من أول رمضان لاقبله ، على الصحيح :

وفدية الفطر : قال فى شرح المهذب : لايجوز للشيخ الهرم ، والحامل ، والمريض الذى لايرجى برؤه : تقديم الفدية على رمضان ، ويجوز بعد طلوع الفجر عن ذلك اليوم وقبل الفجر أيضا على المذهب :

وقال الرويانى : فيه احتمالان :

وقال الزيادى : للحامل تقديم الفدية على الفطر ، ولا تقدم إلا فدية يوم واحد : انتهى :

وكفارة الجماع فيه ، لاتقدم على الجماع فى الصحيح :

وفدية التأخير إلى مابعد رمضان آخر :

قال النووى فى تعجيلها قبل مجىء ذلك وجهان : كتعجيل كفارة الحنث لمعصية ، ودم القران ، يجوز بعد الاحرام بالنسكين ، لاقبله . بلا خلاف .

ودم التمتع : لايجوز قبل الاحرام بالعمرة قطعا ، ويجوز بعد الإحرام بالحج قطعا :

وفيما بينهما أوجه :

أصحها : تجوز بعد الفراغ من العمرة ، وإن لم يحرم بالحج :

والثانى : لا :

والثالث : يجوز قبل الفراغ منها أيضا :

ودم جزاء الصيد : يجوز بعد جرحه ، لوجود السبب ، لاقبله ، لفقده على المذهب :

ودم الاستمتاع باللبس ، والطيب ، والحلق : إن كان لعذر : جاز تقديمها على الصحيح وإلا فلا ، على الصحيح .

والنذر المعلق ، مثل : إن شفى الله مريضى ، فله على كذا ؛

قال فى شرح المهذب : لايجوز فعله قبل وجود المعلق عليه فى الأصح ؛

وقال فى الروضة : يجوز تقديم الإعتاق ، والتصدق على الشفاء ، ورجوع الغائب ؛

وكفارة الظهار ؛ قال الرافعى : التكفير بالمال بعد الظهار ، وقبل العود جائز ، لأن الظهار أحد السببين ، والكفارة منسوبة إليه ، كما أنها منسوبة إلى اليمين ، وفيه وجه .

وكفارة القتل : يجوز تقديمها على الزهوق بعد حصول الجرح فى الأصح ؛ كما فى جزاء الصيد ، ولا يجوز تقديمها على الجرح .

ولأبى الطيب بن سلمة فيه احتمال ، تنزيلا للعصمة منزلة أحد السببين ؛

وكفارة اليمين ؛ الأصح : جواز تقديمها بعد اليمين ، قبل الحنث ، لابالصوم ، ولا إن كان الحنث معصية ؛

وما قدم على وقته من العبادات البدنية

أذان الصبح ؛ وفيه أوجه ؛ أصحها : جواز تقديمه من نصف الليل ؛

والثانى : من خروج وقت الاختيار للعشاء : إما الثلث ، أو النصف ؛

والثالث : من السدس الأخير ؛

والرابع : من سبعه ؛

والخامس : فى جميع الليل ؛

ونظيره : غسل العيد ؛ الأصح : جواز تقديمه من نصف الليل ، كأذان الصبح ؛

والثانى : فى جميع الليل ؛

والثالث : عند السحر ؛

ونظيره أيضا : السحور . فان وقته يدخل بنصف الليل .

كذا جزم به الرافعى ، فى كتاب الأيمان ، والنووى فى شرح المهذب ، ولم يحكيا فيه خلافا ؛

القول فى الإدراك

فيه فروع :

منها : الجمعة ، تدرك بركعة قطعا ؛

ومنها : الأداء ، يدرك بركعة فى الوقت على الأصح ؛

والثانى : بتكبيرة ؛

والثالث : بالسلام ؛

ومنها : فضيلة أول الوقت ، وتدرك بأن يشتغل بأسباب الصلاة ؛ كما دخل الوقت .

وقيل : لابد من تقديم الستر على الوقت ، لأن وجوبه لايختص بالصلاة ؛

وقيل : لابد من تقديم كل مايمكن تقديمه ؛

وقيل : يحصل بادراك نصف الوقت ؛

وقيل : بنصف وقت الاختيار ؛

ومنها : فضيلة تكبيرة الإحرام ، وتدرك بأن يشتغل بالتحريم عقب تحرم إمامه ؛

وقيل : بادراك بعض القيام ؛

وقيل : بادراك الركوع الأول ؛

ومنها : فضيلة الجماعة ، وتدرك بجزء قبل السلام ؛

وقيل: بركعة مع الإمام ؛

وهل تدرك بذلك فضيلة الجماعة ، التي هي التضعيف إلى بضع وعشرين ؟ ظاهر كلامهم : نعم ؛

لكن قال في الخادم : إن عبارة الرافعي : تدرك بركعة الجماعة ، وأن بين بركة الجماعة وفضلها فرقا ؛

ومنها : وجوب الصلاة بزوال العذر ، وتدرك بادراك تكبيرة من وقتها ، أو وقت مابعدها ، إن جمعت معها ؛

هذا هو الأصح من ستة وعشرين وجها ؛

والثاني : يكفي بعض تكبيرة ؛

والثالث : ركعة مسبوق ؛

والرابع : ركعة تامة ؛

والخامس : قدر الأولى ، وتكبيرة الثانية ؛

والسادس : قدرها ، وبعض تكبيرة الثانية ؛

والسابع : قدرها ، وركعة تامة ؛

والثامن : قدرها ، وركعة مسبوق ؛

والتاسع : قدر الثانية ، وتكبيرة في الأولى ؛

والعاشر : قدرها ، وبعض تكبيرة ؛

والحادي عشر: قدرها ، وركعة تامة ؛

والثاني عشر : قدرها ، وركعة مسبوق ؛

والثالث عشر : قدر الثانية فقط ؛

وتعتبر الطهارة مع كل واحد منها ، فتصير ستة وعشرين ؛

ومنها : وجوبها بادراك جزء من الوقت قبل حدوث العذر ، والأصح : أنه يحصل بادراك قدر الفرض فقط ؛

وقيل : بادراك مايجب به آخرا ؛

القول فى التحمل

قال إمام الحرمين : يدخل التحمل فى أربعة أشياء :

أحدها : أداء الزكاة إلى الغارم ؛

قال : وهذا تحمل حقيقى ، وارد على وجوب مستقر ؛

الثانى : كفارة زوجته فى نهار رمضان ، فى قول : إنها عنه وعنها ؛

الثالث : تحمل الدية عن العاقلة ، وهل تجب على العاقلة ابتداء ، أم على الجانى ، ثم تتحملها العاقلة ؟ قولان أصحهما : الثانى .

الرابع : الفطرة ، وهل تجب على المؤدى ابتداء ، أم على المؤدى عنه ، ثم يتحملها المؤدى ؟ قولان (أووجهان) أصحهما : الثانى ؛

قلت : ولهذا الخلاف نظائر ؛

منها : الفاتحة ، هل وجبت على المسبوق ، ثم سقطت ويتحملها الإمام عنه ، أو لم تجب أصلا ؟ رأيان ؛ أصحهما : الأول ؛

ومنها : إذا زوج أمته بعبده ، لم يجب مهر ، وهل وجب ثم سقط ، أو لم يجب أصلا ؟ وجهان ؛ أصحهما : الثانى ؛

ومنها : من عرض له المانع ، وقد أدرك من الوقت مالا يسع الصلاة ؛ فهل نقول : وجبت ، ثم سقطت ، أو لم تجب أصلا ؟ فيه تردد للأصحاب ؛

وصرح فى شرح المهذب بالثانى :

قال السبكى : وكلام الأصحاب يقتضى الأول ، فالوجوب بأول الوقت ، والاستقرار بالتمكن كما فى الزكاة ؛

ومنها : إذا خرج من مكة ، ولم يطف للوداع ، فعليه دم : فإن عاد قبل مسافة القصر سقط الدم ، على الصحيح ؛

هذه عبارة الأصحاب ؛

وظاهر السقوط : أنه وجب ، ثم سقط ؛

ونازع الشيخ أبو حامد فى كونه وجب ؛

وكذلك فى نظيره : من مجاوزة الميقات إذا عاد ؛

ومنها : إذا قتل الوالد الفرع : فهل يقول : يجب القصاص ، ويسقط ، أو لم يجب أصلا ؟ فيه وجهان ؛ حكاهما الإمام ، وقال : لاجدوى للخلاف ؛

ضابط

قال ابن القاص : يحمل الإمام عن المأموم : السهو ، وسجود القرآن ، والقيام ، والقراءة للمسبوق ، والجهر ، والتشهد الأول إذا فاتته ركعة ، والسورة فى الجهرية ، ودعاء القنوت .

القول فى الأحكام التعبدية

منها : اختصاص الطهارة بالماء ، فيه رأيان :

أحدها : أنه تعبدى : لايعقل معناه ، وعليه الامام والكنانى .

الثانى : أنه معلل باختصاص الماء بالرقة ، واللطافة ، والتفرد فى جوهره ، وعدم التركيب ، وعليه الغزالى .

ومنها : اختصاص التعفير بالتراب : قيل : إنه تعبدى ، وقيل : معلل بالاستظهار .

وقيل : بالجمع بين الطهورين .

ومنها : أسباب الحدث ، والجنابة تعبدية : لايعقل معناه : فلا يقبل القياس .

قال بعضهم : ولولا أنها تعبدية ، لم يوجب المنى - الذى هو طاهر عند أكثر العلماء - غسل كل البدن ، ويوجب البول والغائط - اللذان هما نجسان باجماع - غسل بعضه .

ومنها : نصب الزكاة ، ومقاديرها .

ومنها : تحريم الصلاة فى الأوقات المكروهة :

قال البغوى : إنه تعبدى ، لايدرك معناه .

وتعقب بأن فى حديث مسلم الإشارة إلى المعنى حيث قال «فانها تطلع بين قرنى شيطان» وحينئذ يسجد لها الكفار فأشعر بأن النهى لترك مشابهة الكفار .

وقد اعتبر ذلك الشرع فى مواضع

منها : لو كمل وضوءه إلى إحدى الرجلين ، ثم غسلها ، و أدخلها الخف ، فانه ينزع الأولى ، ثم يلبسها .

ومنها : إذا اصطاد ، وهو محرم - لم يرسله حتى حل ، ولا امتنع للصيد ، فانه يرسله ثم يأخذه إذا شاء .

ومنها : إذا كال المشترى الطعام ، ثم باعه فى الصاع : لم يجز ، حتى يكيله ثانيا .

ومنها : استحباب تسمية المهر فى نكاح عبده بأمته .

ومنها : أكثر مسائل العدة ، والاستبراء .

ومنها : اختصاص عقد النكاح بلفظ التزويج ، والإنكاح .

ومنها : حرمة الاسراف فى الماء ، وكراهته على النهر ؛

ومنها : تحريم الصوم على الحائض ؛

قال الإمام : لايعقل معناه ، لأنه إن كان لعدم الطهارة ، فالطهارة ليست شرطا فى الصوم، بدليل صحة صوم الجنب ، وإن كان لكونه يضعفها، فهذا لايقتضى التحريم ، بل عدم الايجاب ، بدليل مالو تكلف المريض ، أو المسافر ، فصاما مع الاجهاد ، فإنه يصح ؛

ومنها : تحريم الذكاة بالسن والظفر ؛

قال ابن الصلاح : لم أجد بعد البحث أحدا ذكر لذلك معنى يعقل ، كأنه تعبدى عندهم ؛

تذنيب

قريب من ذلك ماشرع لسبب ، ثم زال ذلك السبب ، فاستمر ؛

كالرمل ، فإنه شرع لمراءاة المشركين ، وقد زالت واستمر هو ؛

وقريب من هذا : إمرار الموسى على رأس الأقرع ، تشبيها بالحالقين ؛

ونظيرها : إمراره على ذكر من ولد مختونا ، ذكره بعض شراح الحديث ؛

ونظيره أيضا : إمرار السواك على فم من ذهبت أسنانه ، لحديث فى ذلك ولم أر من تعرض له من الفقهاء .

خاتمة

قال بعضهم : إذا عجز الفقيه عن تعليل الحكم قال : هذا تعبدى ؛

وإذا عجز عنه النحوى قال : هذا مسموع ؛

وإذا عجز عنه الحكيم قال : هذا بالخاصية ؛

القول فى الموالاة

هى سنة على الأصح : فى الوضوء ، والغسل ، والتيمم إلا فى طهارة دائم الحدث فواجبة وبين أشواط الطواف ، والسعى ، والجمع بين الصلاتين فى وقت الثانية وأيمان القسامة وسنة تعريف اللقطة ؛

وقيل : واجبة فى الكل .

وواجبة على الأصح ، فى الجمع ، فى وقت الأولى ، وبين طهارة دائم الحدث ، وصلاته ؛ وبين كلمات الأذان ، والإقامة ؛ وبين الخطبة ، وصلاة الجمعة ، وفى الخطبة وكأيمان اللعان وسنة التغريب فى الزنا .

وقيل : لايجب فى الكل ؛

ويجب قطعا بين كلمات الفاتحة ؛ والتشهد ، ورد السلام ، والإيجاب والقبول ؛ فى العقود إلا الوصية ؛

قاعدة

ماتعتبر فيه الموالاة ، فالتخلل القاطع لها مضر ، وغالبها يرجع فيه إلى العرف ، وربما كان مقدار أمن التخلل مغتفر فى باب دون باب ، كما سنبينه ؛

أما الطهارة : ففى تخللها القاطع أوجه .

أحدها : الرجوع فيه إلى العرف .

والثانى : أنه الطويل المتفاحش ؛

والثالث : مايمكن فيه تمام الطهارة ؛

والرابع : ـ وهو الأصح ـ أن يمضى زمن يجف فيه المغسول آخرا مع اعتدال الزمان والمزاج ، ويقدر الممسوح مغسولا .

وأما طهارة دائم الحدث ، وصلاته فقال الإمام : ذهب الذاهبون إلى المبالغة فى الأمر بالبدار ؛

وقال آخرون : يغتفر تخلل فصل يسير ؛

قال : وضبطه على التقريب عندى : أن يكون على قدر الزمن المتخلل بين صلاة الجمع اه ؛

والمرجع فى تخلل صلاة الجمع إلى العرف على الصحيح ؛

وأقل الفصل اليسير بينهما : ماكان بقدر الإقامة ، والطويل : مازاد ؛

وعلى الأول : قال القاضى أبو الطيب : مامنع من البناء على الصلاة إذا سلم ناسيا منع الجمع ، ومالا ، فلا ؛

تنبيه

اغتفر تأخير دائم الحدث لانتظاره الجماعة ، ولم يغتفر ذلك فى الجمع .

قال فى الوافى : والفرق أن صلاتى الجمع كالواحدة فيضر الفصل الطويل ؛

ويرجع إلى العرف أيضا فى موالاة الفاتحة فيقطعها سكوت طويل عمدا ويسير قصد به قطع القراءة وذكر إلا إن تعلق بالصلاة فى الأصح ولا يقطعها تكرار آية من الفاتحة

قال المتولى : إلاأن تكون تلك الآية منقطعة عن التى وقف عليها ، فانها تقطعه ، بأن وصل إلى «أنعمت» ثم قرأ «مالك يوم الدين» فقط ، كذا نقله فى شرح المهذب ؛

قال الأسنوى: والذى قاله المتولى ظاهر ، يمكن حمل إطلاقهم عليه ، لاسيا أن الصورة المذكورة نادرة ، يبعد إرادتها ؛

ويرجع إلى العرف أيضا فى موالاة الأذان ، فلا يقطعه اليسير من السكوت والكلام والنوم والإغماء والجنون والردة ، ويقطعه الطويل منها.

وقيل : لايقطعه الطويل أيضا .

وقيل : يقطعه اليسير أيضا ، والكلام أولى بالإبطال من السكوت ، والنوم أولى به من الكلام ، والإغماء أولى به من النوم ، والجنون أولى به من الإغماء والردة أولى به من الجنون ، والإقامة أولى به من الأذان ؛

وحيث قلنا : لايقطعه الطويل ، فالمراد : إذا لم يفحش الطول بحيث لايعد مع الأول أذانا ؛

ويرجع إليه أيضا فى موالاة الخطبة والطواف والسعى ؛

قال الإمام : التفريق الكثير ، مايغلب على الظن تركه الطواف ؛

وفى سنة تعريف اللقطة قال الإمام : فلا يلزم استيعاب السنة ، بل لايعرف فى الليل ولايستوعب الأيام أيضا على المعتاد ، فيعرف فى الابتداء كل يوم مرتين طرفى النهار ، ثم كل يوم مرة ، ثم كل أسبوع ، ثم كل شهر ، بحيث لاينسى أنه تكرار للأول ؛

وأما البيع والنكاح ونحوهما ، فضابط الفصل الطويل فيها : ماأشعر بإعراضه عن القبول .

وفى وجه : ماخرج عن مجلس الإيجاب ؛

وفى ثالث : مالايصلح جوابا للكلام فى العادة ؛

وعلى الأول : لو حصل الفصل بكلام أجنبى قصير ، فذكر الرافعى فى البيع والنكاح أنه يضر ، على الأصح ، وذكر فى الطلاق والخلع : أنه لاينقطع به الاتصال بين الإيجاب والقبول على الأصح ، ووافقه فى الروضة على هذه المواضع ؛

وقال فى شرح المهذب فى البيع : ولو تخللت كلمة أجنبية ، بطل العقد ؛

قال ابن السبكى : والفرق أن الخلع أوسع قليلا على ماأشار إليه بعض الأصحاب ، فلم يشترط فيه من الاتصال ، القدر المشترط فى البيع ونحوه ؛

وأما رد السلام : فحكمه حكم الإيجاب والقبول ؛

وقال الإمام : الاتصال المعتبر فى الاستثناء أبلغ منه بين الإيجاب والقبول لصدورهما من شخصين ، وقد يحتمل من شخصين مالايحتمل من واحد ، فلا تضر فيه سكتة تنفس وعى ؛

لكن نقل النووى عن صاحب العدة ، والبيان أنهما حكيا عن المذهب ، أنه لو قال على ألف ، أستغفر الله إلا مائة صح ، واحتجا بأنه فصل يسير فصار كقوله : على ألف يافلان إلا مائة ؛

قال النووى : وهذا الذى نقلاه فيه نظر .

وقال السبكى فى الجمع بينهما : يظهر أن الكلام اليسير إن كان أجنبيا ، فهو الضار وإلا فهو الذى يغتفر كقوله : أستغفر الله ، ويافلان فليحمل كل منهما على الفصل اليسير بنحو أستغفر الله ، ويافلان لا على مطلق الفصل اليسير .

فائدة

قال ابن السبكى : الضابط فى التخلل المضر فى الأبواب : أن يعد الثانى منقطعا عن الأول وهذا يختلف باختلاف الأبواب ، فرب باب يطلب فيه من الاتصال مالا يطلب فى غيره ، وباختلاف المتخلل نفسه ، فقد يغتفر من السكوت مالا يغتفر من الكلام . ومن الكلام المتعلق بالعقد ، مالا يغتفر من الأجنبى ، ومن المتخلل بعذر ، مالا يغتفر من غيره . فصارت مراتب .

أقطعها للاتصال : كلام كثير أجنبى ، وأبعدها عنه : سكوت يسير لعذر .

وبينهما مراتب لاتخفى .

تنبيه

من المشكل هنا : ماذكره الرافعى وغيره فى الولى إذا وهب الصبى من يعتق عليه ولم يقبله ، أن الحاكم يقبله ، فان لم يفعل قبله الصبى بعد بلوغه .

قال ابن السبكى : فهذا فصل طويل ، فلماذا يغتفر ؟ .

وأيضا : فالإيجاب صدر والصبى غير أهل للقبول .

قال : ولا يمكن أن يحمل على قبول إيجاب متجدد بعد البلوغ ، لأن ذلك معروف ، لا معنى لذكره .

القول فى فروض الكفاية وسننها

قال الرافعى وغيره : فروض الكفاية أمور كلية ، تتعلق بها مصالح دينية ، أو دنيوية لا ينتظم الأمر إلا بحصولها ، فطلب الشارع تحصيلها ، لا تكليف واحد منها بعينه بخلاف العين ، وإذا قام به من فيه كفاية سقط الحرج عن الباقين ، أو أزيد على من يسقط به ، فالكل فرض أو تعطل ، أثم كل من قدر عليه إن علم به ، وكذا إن لم يعلم إذا كان قريبا منه ، يليق به البحث والمراقبة ، ويختلف بكبر البلد ، وقد ينتهى خبره إلى سائر البلاد ، فيجب عليهم ، وللقائم به مزية على القائم بالعين لإسقاط الحرج عن المسلمين بخلافه .

ومن ثم ادعى إمام الحرمين ووالده ، والأستاذ أبو إسحاق الإسفراينى : أنه أفضل

من فرض العين ، وحكاه أبو على السنجى عن أهل التحقيق ، والمتبادر إلى الأذهان : خلافه :

وفروض الكفاية كثيرة

منها : تجهيز الميت غسلا ، وتكفينا ، وحملا ، وصلاة عليه ودفنا ، ويسقط جميعها بفعل واحد :

وفى الصلاة وجه : أنه يجب اثنان ، وآخر ثلاثة ، وآخر أربعة ، ولا تسقط بالنساء وهناك رجال .

ومنها : الجماعة فى الأصح ، وإنما تسقط بإقامتها بحيث يظهر الشعار فى البلد ، فان كان صغيرا كفى إقامتها فى موضع واحد ، وإلا فلابد من إقامتها فى كل محلة .

ومنها : الأذان والإقامة على وجه اختاره السبكى ، وإنما يسقط بإظهارها فى البلد ، أو القرية ، بحيث يعلم به جميع أهلها لو أصغوا ؛

ففى القرية : يكفى الأذان الواحد ، وفى البلد لابد منه فى مواضع ؛

وعلى هذا قال فى شرح المهذب : الصواب ، وظاهر كلام الجمهور : إيجابه لكل صلاة ؛

وقيل : يجب فى اليوم والليلة مرة واحدة ؛

ولنا وجه : أنه فرض كفاية فى الجمعة دون غيرها ، لأنه دعاء إلى الجماعة ، والجماعة واجبة فى الجمعة مستحبة فى غيرها ، فالدعاء إليها كذلك ؛

وعلى هذا ؛ فالواجب فيها : هو الذى بين يدى الخطيب ، أو يسقط بالأول ؟ فيه وجهان ؛

ومنها : تعلم أدلة القبلة على ماصححه النووى ؛

ومنها : صلاة العيد ، على وجه ؛

ومنها : صلاة الكسوف ، على وجه ، حكاه فى الحاوى وجزم به الخفاف فى الخصال ؛

ومنها : صلاة الاستسقاء على وجه ، حكاه فى الكفاية ؛

ومنها : إحياء الكعبة كل سنة بالحج ؛

قال الرافعى : هكذا أطلقوه ؛

وينبغى : أن تكون العمرة كالحج ، بل الاعتكاف والصلاة فى المسجد الحرام ؛ فان التعظيم وإحياء البقعة يحصل بكل ذلك ؛

واستدركه النووى بأن ذلك لا يحصل مقصود الحج ، فانه يشتمل على الرمى والوقوف والمبيت بمزدلفة ومنى ، وإحياء تلك البقاع بالطاعات وغير ذلك

قال فى المهمات : وكلام النووى لايلاقى كلام الرافعى ، فان الكلام فى إحياء الكعبة لافى إحياء هذه البقاع ؛

قال : وإن كان المتجه فى الصلاة والاعتكاف ماذكره النووى ، فانه ليس فيهما إحياء الكعبة ، ولو كان الاعتكاف داخلها لعدم الاختصاص ؛

قال : والمتجه أن الطواف كالعمرة ؛

وأجاب البلقينى عن بحث الرافعى : بأن المقصود الأعظم ببناء البيت : الحج فكان إحياؤه به بخلاف العمرة والاعتكاف والصلاة والطواف .

قال فى شرح المهذب : «ولا يشترط عدم مخصوص ، بل الفرض حجها فى الجملة »

وقال الأسنوى ، وغيره : المتجه اعتبار عدد يظهر به الشعار ؛

تنبيهات

الأول

علم مما تقرر : أن إحياء الكعبة كل سنة بالحج فرض كفاية ، وأن فرض الكفاية إذا قام به زيادة على من يسقطه ، فالكل فرض أنه لايتصور وقوع الحج نفلا ، وأن قاعدة «إن الفعل لايجب إتمامه بالشروع » غير منقوضة ؛

الثانى

إن ثبت ماتقدمت الاشارة إليه ـ من أن العمرة لايحصل بها الإحياء ـ زال الإشكال فى كون الطواف أفضل منها ، لكونها تقع من المتطوع نفلا ؛

ومسئلة التفضيل بين الطواف ، والعمرة : مختلف فيها ، وألف فيها المحب الطبرى كتابا ؛ قال فيه :

ذهب قوم من أهل عصرنا إلى تفضيل العمرة ، ورأوا أن الاشتغال بها أفضل من الطواف ، وذلك خطأ ظاهر ، وأدل دليل على خطئه مخالفة السلف الصالح ، فانه لم ينقل تكرار العمرة عن النبى صلى الله عليه وسلم ، ولا عن الصحابة والتابعين ؛

وقد روى الأزرقى « أن عمر بن عبد العزيز سأل أنس بن مالك : الطواف أفضل ، أم العمرة ؟ فقال : الطواف » .

وقد طاووس : الذين يعتمرون من التنعيم : ماأدرى : يؤجرون ، أم يعذبون ؟ قيل : لم ؟ قال : لأن أحدهم يدع الطواف بالبيت ، ويخرج إلى أربعة أميال ، ويجىء ؛

وقد ذهب أحمد إلى كراهة تكرارها فى العام ، ولم يذهب أحد إلى كراهة تكرار الطواف ، بل أجمعوا على استحبابه ؛

وهذا الذى اختاره من يفضل الطواف عليها ، هو الذى نصره ابن عبد السلام ، وأبو شامة .

وحكى بعضهم فى التفضيل بينهما احتمالات .

ثالثها : إن استغرق زمان الاعتمار ، فالطواف أفضل ، وإلا فهى أفضل .

وقال فى الخادم : يحتمل أن يقال : إن حكاية الخلاف فى التفضيل لا تتحقق ، فإنه إنما يقع بين متساويين فى الوجوب ، والندب . فلا تفضيل بين واجب ، ومندوب ، ولا شك أن العمرة لا تقع من المتطوع إلا فرض كفاية ، والكلام فى الطواف المسنون .

نعم : إن قلنا ، إن إحياء الكعبة يحصل بالطواف ، كما يحصل بالحج والاعتمار . وقع الطواف أيضا فرض كفاية ، لكنه بعيد اهـ .

قال المحب الطبرى : والمراد بكون الطواف أفضل : الاكثار منه ، دون أسبوع واحد فإنه موجود فى العمرة ، وزيادة .

قلت : ونظيره ما فى شرح المهذب : أن قولنا : الصلاة أفضل من الصوم : المراد به الاكثار منها ، بحيث تكون غالبة عليه ، وإلا فصوم يوم أفضل من صلاة ركعتين ، بلا شك .

ومن فروض الكفاية

الجهاد : حيث الكفار مستقرون فى بلدانهم ، ويسقط بشيئين .

أحدهما : أن يحصن الإمام الثغور بجماعة يكافئون من بازائهم من الكفار .

الثانى : أن يدخل الإمام دار الكفار غازيا بنفسه : أو بجيش يؤمر عليهم من يصلح لذلك وأقله مرة واحدة فى كل سنة . فإن زاد ، فهو أفضل ، ولا يجوز إخلاء سنة عن جهاد ، إلا لضرورة ، بأن يكون فى المسلمين ضعف ، وفى العدو كثرة ، ويخاف من ابتدائهم الاستئصال لعذر ، بأن يعز الزاد ، وعلف الدواب فى الطريق ، فيؤخر إلى زوال ذلك ، أو ينتظر لحاق مدد ، أو يتوقع إسلام قوم . فيستميلهم بترك القتال .

ومنها : التقاط المنبوذ .

ومنها : اللقطة على وجه .

ومنها : رد السلام ، حيث المسلم عليه جماعة .

ومنها : دفع ضرر المسلمين ، ككسوة عار ، وإطعام جائع ، إذا لم يندفع بزكاة وبيت مال ، وهل يكفى سد رمق ، أو لابد من تمام الكفاية التى يقوم بها من يلزمه نفقته خلاف .

قال فى المهمات : الأصح : الأول .

قال : ومحاويج أهل الذمة كالمسلمين ، وصرح به القمولى فى الجواهر ، ويختص الوجوب بأهل الثروة ؛

ومنها : إغاثة المستغيثين فى النائبات ، ويختص بأهل القدرة ؛

ومنها : فك الأسرى ، ذكره الزركشى ؛ نقلا عن التجريد : لابن كج ؛

ومنها : إقامة الحرف والصنائع ، وما تم به المعايش ؛ كالبيع ، والشراء ، والحرث وما لابد منه ؛ حتى الحجامة ، والكنس .

ومنها : تحمل الشهادة ، وأداؤها ، وتولى الإمامة ، والقضاء ، وإعانة القضاة على استيفاء الحقوق ؛

ومنها : الأمر بالمعروف ، والنهى عن المنكر ، ولا يختص بأرباب الولايات ، ولا بالعدل ، ولا بالحر ، ولا بالبالغ ؛ ولا يسقط بظن أنه لايفيد ، أو علم ذلك عادة ، مالم يخف على نفسه ، أو ماله ، أو على غيره مفسدة أعظم من ضرر المنكر الواقع ؛

ومنها : النكاح ؛ عده بعض أصحابنا فرض كفاية ، حتى لو امتنع منه أهل قطر أجبروا حكاه فى شرح الروضة ، وجزم به فى الوسيط ، ومال السبكى إلى قتالهم ، وإن قنعوا بالتسرى مع تضعيفه القول بأنه فرض كفاية ؛

لكن قال القمولى فى الجواهر : الظاهر أن المراد بكونه فرض كفاية ، ما إذا طلبه رجل . فانه يجب على نساء البلد إجابته ، ويسقط بواحدة ، وكذا على الأولياء المجبرين .

وخطأه فى الخادم ، وقال : المراد تركه للأمة ، لانقطاع النسل .

ومنها : تعليم الطالبين ، والافتاء ، ولا يكفى فى إقليم مفت واحد ؛

والضابط : أن لايبلغ مابين مفتيين مسافة القصر ؛

قال الفزارى : ولا يستغنى بالقاضى عن المفتى ، لأن القاضى يلزم من رفع إليه عند التنازع ، والمفتى يرجع إليه المسلم فى جميع أحواله العارضة ؛

ومنها : إسماع الحديث ؛

ومنها : تصنيف الكتب ؛ أشار إليه البغوى فى أول التهذيب ؛

وقال الزركشى فى قواعده : من فرض الكفاية : تصنيف الكتب لمن منحه الله فهما واطلاعا ، ولن تزال هذه الأمة — مع قصر أعمارها — فى ازدياد ، وترق فى المواهب والنوادر .

والعلم : لايحل كتمه ؛ فلو ترك التصنيف لضيع العلم على الناس .

ومنها : القيام بإقامة الحجج ، وحل المشكلات فى الدين ، وبعلوم الشرع ، وهى :

التفسير ، والحديث ، والفقه ؛ بحيث يصلح للقضاء ، والافتاء ، وآلاتها ؛ كالأصول

والنحو ؛ والصرف ؛ واللغة ؛ وأسماء الرواة ؛ والجرح والتعديل ؛ واختلاف العلماء واتفاقهم ؛ والطب ؛ والحساب المحتاج إليه فى المعاملات ؛ والإرث ؛ والوصايا ؛ ونحوها ؛

وإنما يتوجه ذلك على أهل القضاء غير بليد له مايكفيه ؛ ويدخل الفاسق ؛ ولا يسقط به ؛

ولا يدخل العبد ، والمرأة ؛ وفى سقوطه بهما وجهان ؛

ومنها : حفظ القرآن ، والحديث ؛ ذكره فى شرح المهذب ؛

وعبر العبادى فى الزيادات ، والجرجانى فى الشافى : بحفظ جميع القرآن ؛

وعبر الماوردى : بنقل السنن ؛

وعد الشهرستانى ، فى الملل والنحل : الاجتهاد من فروض الكفايات ؛

قال : فلو اشتغل بتحصيله واحد : سقط الفرض عن الجميع ، وإن قصر فيه أهل عصر عصوا بتركه ، وأشرفوا على خطر عظيم ، فان الأحكام الاجتهادية إذا كانت مترتبة على الاجتهاد ترتب المسبب على السبب ، ولم يوجد السبب كانت الأحكام عاطلة ، والآراء كلها متماثلة ، فلا بد إذن من مجتهد ، انتهى ؛ قاله الزركشى ؛

ومن فروض الكفايات

جهاد النفس

قال الشيخ علاء الدين للباجى : جهاد النفس فرض كفاية على المسلمين البالغين العاقلين ، ليرقى بجهادها فى درجات الطاعات ، ويظهر مااستطاع من الصفات ؛ ليقوم بكل إقليم رجل من أهل الباطن ؛ كما يقوم به رجل من علماء الظاهر ، كل منهما يعين المسترشد على ماهو بصدده ، فالعالم : يقتدى به ، والعارف : يهتدى به ، وهذا مالم يستول على النفس طغيانها ، وانهماكها فى عصيانها ؛ فإن كان كذلك ، صار اجتهادها فرض عين بكل ما استطاع ؛

فإن عجز استعان عليها بمن يحصل له المقصود من علماء الظاهر والباطن ، بحسب الحاجة وهو أكبر الجهادين ، إلى أن ينصره الله تعالى ؛

خاتمة

العلوم تنقسم إلى ستة أقسام

أحدها فرض كفاية

وقد مر ؛

والثانى : فرض عين

وهو ما يحتاج إليه العامة فى الفرائض : كالوضوء ، والصلاة ، والصوم ، إنما يتوجه بعد الوجوب ، فإن كان بحيث لو صبر إلى دخول الوقت لم يتمكن : لزمه التعلم قبله ، كما يلزم بعيد الدار : السعى إلى الجمعة قبل الوقت ؛

وما كان على الفور : فتعلمه على الفور ، وما لا : فلا ؛

وإنما يلزم تعلم الظواهر ، لا الدقائق ، والنوادر ؛

ومن له مال زكوى ، يلزمه ظواهر أحكام الزكاة ؛

ومن يبيع ويشترى ، يلزمه تعلم أحكام المعاملات ؛

ومن له زوجة ، يلزمه تعلم أحكام عشرة النساء ، وكذا من له أرقاء ، وكذا معرفة ما يحل ، وما يحرم من مأكول ، ومشروب ، وملبوس ؛

وأما علم الكلام : فليس عينا ؛

قال الإمام : ولو بقى الناس على ما كانوا عليه لنهينا عن التشاغل به ؛

أما إذ ظهرت البدع ، فهو فرض كفاية ، لإزالة الشبه ، فان ارتاب أحد فى أصل منه لزمه السعى فى إزاحته ؛

قال فى شرح المهذب : فان فقد الأمران ، فحرام .

والواجب فى الاعتقاد : التصديق الجازم بما جاء به القرآن ، والسنة ؛

وأما علم القلب

ومعرفة أمراضه من الحسد ، والعجب ، والرياء ، ونحوها ؛

فقال الغزالى : إنها فرض عين ؛

وقال غيره : من رزق قلبا سليما منها كفاه ، وإلا فان تمكن من تطهيره بغيره لزمه ، وإن لم يتمكن إلا بتعلمه ، وجب .

الثالث : مندوب

كالتبحر فى العلوم السابقة بالزيادة على ما يحصل به الفرض ؛

الرابع : حرام

كالفلسفة ، والشعبذة ، والتنجيم ، والرمل ، وعلوم الطبائعيين ، والسحر ؛

هذا ما فى الروضة ؛

ودخل فى الفلسفة : المنطق ، وصرح به النووى فى طبقاته ، وابن الصلاح فى فتاويه ، وخلائق آخرون ؛

ومن هذا القسم : علم الحرف ، صرح به الذهبي ، وغيره والموسيقى : نقل ابن عبد البر الإجماع عليه :

أالخامس

مكروه : كأشعار المولدين فى الغزل ، والبطالة :

السادس

مباح كأشعارهم التى لاسخف فيها ، ولا مايثبط عن الخير ، ولا بحث عليه :

ذكر هذه الأقسام النووى فى الروضة ، وغيرها :

فقد استكمل العلم أقسام الأحكام الخمسة :

ونظيره فى الأقسام المذكورة : النكاح : فانه يكون فرض كفاية كما تقدم ، وفرض عين على من خاف العنت ؛ ومندوبا لتائق إليه واجد أهبة ، ومكروها لفاقد الأهبة والحاجة ، أو واجدها ، وبه علة ، كهرم ، أو تعنين ، أومرض دائم ، ومباحا لواجد الأهبة غير محتاج ولا علة : وحراما لمن عنده أربع .

ونظيره فى تلك أيضا : القتل ؛ فانه يكون فرض عين على الامام فى الردة ، والحرابة وترك الصلاة ، والزنا :

وفرض كفاية فى الجهاد ، والصيال على بضع :

ومندوبا فى الحربى إذا قدر عليه ، ولامصلحة فى استرقاقه ، والصائل : حيث الدفع أولى من الاستسلام :

ومكروها : فى الأسير . حيث فى استرقاقه مصلحة :

وحراما : فى نساء أهل الحرب ، وصبيانهم : ومنه : القتل العمد العدوان .

ومباحا فى القصاص :

وله قسم سابع ، وهو : مالا يوصف بواحد من الستة ، وهو قتل الخطأ :

وقريب من ذلك : الطلاق ، فانه يكون واجبا ، وهو طلاق الحكمين ، والمولى :

ومندوبا ، وهو طلاق من خاف أن لايقيم حدود الله فى الزوجية . ومن رأى ريبة يخاف معها على الفراش :

وحراما ، وهو البدعى : وطلاق من قسم لغيرها ، ولم يوفها حقها من القسم .

ومكروها ، وهو ماسوى ذلك . ففى الحديث « أبغض الحلال إلى الله الطلاق »

ولا يوجد فيه مباح مستوى الطرفين :

هكذا حكاه النووى عن الأصحاب فى شرح مسلم :

قال العلائى : ويمكن أن يوجد عند تعارض مقتضى الفراق وضده ، فى رأى الزوج :

فصل

قال الشاشى فى الحلية : ليس لنا سنة على الكفاية ، إلا ابتداء السلام.

فلو لقى جماعة واحدا أو جماعة ، فسلم واحد منهم ، كفى لأداء السنة ؛

واستدرك عليه أشياء ؛

منها : تشميت العاطس ؛ صرح أصحابنا بأنه سنة على الكفاية ، كابتداء السلام ؛

ومنها : التسمية على الأكل ، فلو سمى واجد من الآكلين أجزأ عنهم ؛ نقله فى الروضة عن نص الشافعى ؛

ومنها : الأضحية ؛ إذا ضحى بشاة واحد من أهل البيت تأدى الشعار بها ، والسنة عن جميعهم.

ومنها : مايفعل بالميت مما ندب إليه ؛

ومنها : الأذان والاقامة ، على الأصح ؛

قلت : الظاهر أنهما سنتا عين ، وإلا لعدت الجماعة على القول بأنها سنة ، والعيد ، والكسوف ؛ والاستسقاء.

ومما يصلح أن يعد منها : ماتقدم من العلم : أنه مندوب . وتلقين الموت إذا أرتج عليه ؟

ولم أر من تعرض لذلك ؛

القول فى أحكام السفر

قال النووى : رخص السفر : ثمانية :

القصر والجمع والفطر والمسح أكثر من يوم وليلة ، ويختص بالطويل ، والتنفل على الراحلة : وإسقاط الجمعة ؛ وأكل الميت ؛ وإسقاط الفرض بالتيمم ، ولا يختص به ؛

واستدرك عليه أخرى ؛

وهى : عدم القضاء ، لمن سافر بها معه ؛

وقد تقدم بأبسط من ذلك ، فى القاعدة الثالثة ، من الكتاب الأول ؛ عند الكلام على التخفيفات ؛

ونزيد هنا : أن السفر اختص بأمور أخرى ، غير التخفيفات ؛

منها : عدم صحة الجمعة ؛

ومنها : تحريمه على المرأة ، إلا مع زوج ، أو محرم للحديث ، وسواء السفر الطويل والقصير ؛ كما فى شرح المهذب ، والمهاج ، والواجب ؛ ومن ثم لم يجب عليها الحج ،

ولا التغريب فى الزنا ، إذا امتنع الزوج أو المحرم من الخروج :

نعم : أقيم مقامهما فى الحج : النسوة الثقات : والتعبير بالثقات : يخرج غيرهن ، وبالنسوة تخرج المرأة الواحدة ، فلا يجب الخروج للحج معها ، لكن يجوز أن يخرج معها لأداء حجة الاسلام على الصحيح فى شرح المهذب .

قال الأسنوى : فهما مسئلتان :

إحداهما : شرط وجوب حجة الاسلام :

والثانية : جواز الخروج لأدائها :

وقد اشتبهتا على كثير ، حتى توهموا اختلاف كلام النووى فى ذلك :

وليس لها أن تخرج لحج التطوع ، وغيره من الأسفار التى لاتجب على المرأة الواحدة بل ولا مع النسوة الخلص عند الجمهور .

ونص عليه الشافعى ، كما قاله فى شرح المهذب ، وصححه فى أصل الروضة :

قال الأسنوى : ولا شك أن لها الهجرة من بلاد الكفر وحدها :

فعلى هذا تستثنى هذه المسئلة من أصل القاعدة :

ومنها : تحريمه على الولد إلا باذن أبويه ، ويستثنى السفر لحج الفرض ، ولتعلم العلم والتجارة :

ومنها : تحريمه على المديون ، إلا باذن غريمه ، بشرط أن يكون الدين حالا : وقيل يمنع فى المؤجل من سفر مخوف.

ومنها : وجوب طواف الوداع على مريده من مكة :

قال فى شرح المهذب : وسواء الطويل ، والقصير :

ومنها : جواز إيداع المودع الوديعة عند غيره إذا أراد سفرا ، ولم يجد المالك :

ضابط

مسافة القصر فى حكم البعيد : وما دونها فى حكم الحاضر ، إلا فى صور :

الأولى : نقل الزكاة :

الثانية : عدم وجوب الحج على من لايطيق المشى .

الثالثة : إحضار المكفول :

الرابعة : إذا أراد أحد الأبوين سفر نقلة ، فالأب أولى مطلقا :

فائدة

الأبنية : تعتبر فى صلاة الجمعة ، ورخص السفر الثانية ، وعدم تحريم الاستقبال والاستدبار لقاضى الحاجة ، وفى بيع القرية وفى حكم قاضى البلد :

ضابط

حيث أطلق فى الشرع البعيد ، فالمراد به مسافة القصر ، إلا فى رؤية الهلال ؛ فالبعد : فيه اختلاف المطالع ، على ماصححه النووى؛

ضابط

تعتبر مسافة القصر فى غير الصلاة : فى الجمع ، والفطر والمسح ، ورؤية الهلال ، على ماصححه الرافعى ، وحاضرى المسجد الحرام ؛ ووجوب الحج ماشيا ، وتزويج الحاكم موليه الغائب ؛

ويختص ركوب البحر بأحكام

منها : تحريمه وإسقاطه الحج ، حيث كان الغالب الهلاك ؛

وفى فتاوى البارزية : أنه لايجوز لغير الأب والجد ، إركاب الطفل البحر وإن غلبت السلامة ، وأنه يجوز لهما لوفور شفقتهما ؛

القول فى أحكام الحرم

اختص حرم مكة بأحكام

الأول : لايدخله أحد إلا بحج أو عمرة وجوبا أو استحبابا ؛

الثانى : لاتقاتل فيه البغاة على رأى ؛

الثالث : يحرم صيده ؛

الرابع : يحرم قطع شجره منهما ويشاركه فيهما حرم المدينة ؛

الخامس : يمنع كل كافر من دخوله ؛ مقيما كان أومارا ؛

السادس : لاتحل لقطته للتملك ؛

السابع : يحرم إخراج أحجاره ، وترابه إلى غيره ؛

الثامن : يكره إدخال أحجار غيره ، وترابه إليه ؛

التاسع : يختص نحر الهدايا ، والفداء به ؛

العاشر : يجب قصده بالنذر ، بخلاف ماسواه ؛

الحادى عشر : لونذر الذبح فيه تعين ، بخلاف مالونذره بغيره ، فيذبح حيث شاء ؛

الثانى عشر : لايؤذن فيه لمشرك ، ولا يدفن فيه فان دفن ، نبش وأخرج ؛

الثالث عشر : تغلظ الدية على قاتل الخطأ فيه ؛

الرابع عشر : لادم على أهله فى تمتع ولا قران ؛

الخامس عشر : لايجوز إحرام المقيم به بحج خارجه :

السادس عشر : لايكره فيه نافلة بوقت ؛

السابع عشر : يسن الغسل لدخوله ، ويشاركه فى ذلك حرم المدينة ، كما صرح به النووى فى مناسكه ؛

الثامن عشر : مضاعفة الصلاة فيه ؛

التاسع عشر : مضاعفة السيئات فيهما ، كما تضاعف الحسنات ؛

العشرون : الهم بالسيئة فيه مؤاخذ به ، ولا يؤاخذ به فى غيره ؛

القول فى أحكام المساجد

هى كثيرة جدا ، وقد أفردها الزركشى بالتصنيف ، وأنا أسردها هنا ملخصة .

فمنها : تحريم المكث فيه على الجنب والحائض ، ودخوله على حائض ، وذى نجاسة يخاف منها التلويث :

ومن ثم حرم إدخاله الصبيان والمجانين حيث غلب تنجيسهم وإلا فيكره كما فى زوائد الروضة والشهادات .

وحرم أيضا دلك النعل به ، لأنه تنجيس ، أو تقذير ، ذكره فى شرح المهذب فى الصلاة .

وذكر فيه أيضا : أنه يحرم إدخاله النجاسة ؛

وفى فتاويه : يحرم قتل قملة ونحوها ، وإلقاؤها فيه .

وفى الروضة : يحرم البول فيه ، ولو فى إناء : بخلاف القصد فيه فى إناء ، فيكره ولا يحرم ؛

وفى فتاوى القفال : يمنع من تعليم الصبيان فيه ؛

ومنها : يحرم أخذ شىء من أجزائه ، وحجره وحصاه وترابه وزيته وشمعه ؛ ذكره فى شرح المهذب ؛

ومنها : تحريم البصاق فيه ، كما جزم به فى شرح المهذب ، والتحقيق ، والقمولى فى الجواهر ؛

وفى المهمات : أن الموجود للأصحاب هو الكراهة ؛ قال كما فى شرح المهذب ومن بدره البصاق بصق فى طرف ثوبه من الجانب الأيسر .

قال : ويسن لمن رأى بصاقا فيه أن يزيله بدفنه فى تراب المسجد ، فان لم يكن له تراب أخذه بيده ، أو بعود ونحوه ، وأخرجه من المسجد .

ومنها : كراهة دخوله لمن أكل ذا ريح كريهة ، والبيع والشراء فيه وسائر العقود وإن

قل ، إلا لحاجة ، ونشدة الضالة والأشعار ، إلا ما كان فى الزهد ومكارم الأخلاق وعمل الصنعة فيه ، كالخياطة ونحوها إن جعله مقعدا لها ، أو أكثر رفع الصوت فيه والخصومة والجلوس فيه للقضاء ؛

ومنها : يسن كنسه وتنظيفه وتطييبه وفرشه والمصابيح فيه ؛ وتقديم اليمنى عند دخوله واليسرى عند خروجه ؛

ومنها : أنه لا يمنع ستره بالحرير ، صرح به الغزالى وابن عبد السلام ؛

أحكام يوم الجمعة

اختص بأحكام

صلاة الجمعة والجماعة فيها ، وكونها بأربعين ، والخطبة وقراءة السورة المخصوصة فيها ، وتحريم السفر قبلها ، والغسل لها والطيب ، ولبس أحسن الثياب ، وإزالة الظفر ، والشعر ، وتبخير المسجد ، والتبكير ، والاشتغال بالعبادة حتى يخرج الخطيب ، ولا يسن الإبراد بها ، وقراءة (الم تنزيل) و (هل أتى) فى صبحه ، والجمعة ، والمنافقون فى عشاء ليلته ، والكافرون والإخلاص فى مغرب ليلته ، وكراهة إفراده بالصوم ، وكراهة إفراد ليلته بالقيام ، وقراءة الكهف ، ونفى كراهة النافلة وقت الاستواء ، وهو خير أيام الأسبوع ، ويوم عيد ، وفيه ساعة الإجابة ، ويجتمع فيه الأرواح ، وتزار فيه القبور ؛ ويأمن الميت فيه من عذاب القبر ، ولا تسجر فيه جهنم ، ويزور أهل الجنة فيه ربهم سبحانه وتعالى ؛

الكتاب الخامس

فى نظائر الأبواب

كتاب الطهارة

المياه أقسام طهور ، وهو : الماء المطلق ؛

وطاهر : وهو المستعمل ، والمتغير بما يضر .

ونجس : وهو المتغير بنجاسة ، أو الملاقى لها وهو قليل ؛

ومكروه : وهو المشمس ؛

وحرام : وهو مياه آبار الحجر ، إلا بئر الناقة .

والمطلق أنواع

مطلق اسما وحكما ، وهو الباقى على وصف خلقته .

وحكما لا اسما ، وهو المتغير بما لا يمكن صونه .

وعكسه ، وهو : المستعمل : إن قلنا : إنه مطلق : منع تعبدا .

ضابط

ليس لنا ماء طاهر لا يستعمل إلا المستعمل ، والمتغير كثيرا بمخالطة طاهر مستغنى عنه .

ولا ماء طهور لا يستعمل إلا البئر التى تمعطت بها فأرة ، وماؤها كثير ولم يتغير ؛ فانه طهور . ومع ذلك يتعذر استعماله : لأنه ما من داو إلا ولا يخلو من شعرة .

ضابط

قال الجرجانى فى المعاياة ، والمرعشى وغيرهما : لا يعرف ماء طاهر فى إناء نجس إلا فى صورتين :

الأولى : جلد ميتة طرح فيه ماء كثير ، ولم يتغير .

والثانية : إناء فيه ماء قليل ولغ فيه كلب ، ثم كوثر حتى بلغ قلتين ، ولا تغير : فالماء طاهر ، والإناء نجس ، لأنه لم يسبع ، ولم يعفر .

وهذه المسئلة من مهمات المسائل التى أغفلها الشيخان ، فلم يتعرضا لها .

وفيها أربعة أوجه :

أصحها : هذا ؛ وهو قول ابن الحداد ، وصححه السنجى فى شرح الفروع .

والثانى : يطهر الإناء أيضا ، كما فى نظيره من الخمر إذا تخللت ، فإن الإناء يتبعها فى الطهارة .

والثالث : إن مس الكلب الماء وحده : طهر الإناء ، وإن مس الإناء أيضا فلا .

قال ابن السبكى : وهذا يشبه الوجه المفصل فى الضبة ، بين أن تلاقى فم الشارب أم لا .

والرابع : إن ترك الماء فيه ساعة طهر ؛ وإلا فلا .

قلت : وهذا يشبه مسئلة الكوز ، وقد بسطتها فى شرح منظومتى المسماة بالخلاصة .

وعبارتى فيها :

وإن يلغ فى دونه فكوثرا   يطهر قطعا ، والإناء إن يطهرا

فائدة

قال البلقينى : ليس فى الشرع اعتبار قلتين ، إلا فى باب الطهارة ، وفى باب الرضاع

على طريقة ضعيفة إذا امتزج اللبن بالماء ، فإن امتزج بقلتين : لم يحرم ، وإلا حرم ؛

فائدة

اختلف فى كراهة المشمس فى الأوانى : هل هى شرعية ، أو طبية ؟ على وجهين ؛ حررت المقصود منها فى حواشى الروضة .

ويتفرع عليها فروع

أحدها : إن قلنا طبية ؛ اشترط حرارة القطر ، وانطباع الإناء ، وإلا فلا ؛

الثانى : إن قلنا شرعية : اشترط القصد ، وإلا فلا .

الثالث : إن قلنا شرعية : كره للميت وإلا فلا ؛

الرابع : إن قلنا طبية : كره سقى البهيمة منه ، وإلا فلا ؛

الخامس : إن قلنا شرعية : لم يشترط فيه شدة الحرارة ، وإلا اشترط ؛

السادس : إن قلنا طبية ، وفقد غيره : بقيت الكراهة ، وإلا فلا ؛

السابع : إن قلنا شرعية . علل عدمها فى الحيض والبرك بعسر الصون ، أو طبية : علل بعدم خوف المحذور ؛

الثامن : إن قلنا طبية . تعدت الكراهة إلى غير الماء من المائعات ، وإلا فلا ؛

ضابط

ليس لنا ماءان يصح الوضوء بكل منهما منفردا ، ولا يصح الوضوء بهما مختلطين إلا المتغير بمخالط لايستغنى الماء عنه . فإنه إذا صب على مالا تغير فيه فغيره : ضر لامكان الاحتراز عنه ؛

نبه عليه ابن أبى الصيف اليمنى فى نكت التنبيه ؛

قال الأسنوى : وهى مسألة غريبة والذى ذكره فيها متجه ؛

قال : ولنا صورة أخرى، لكنها فى الجواز لافى الصحة ؛

وهى : ماإذا كان لرجلين ماءان ، وأباح له كل منهما أن يتوضأ بمائه ، فان الماء لم يخرج عن ملكها بذلك ، فإذا خلطهما فقد تعدى ، لأنه تصرف فيهما بغير الجهة المأذون فيها ؛

فائدة

إذا غمس كوز فيه ماء نجس فى ماء طاهر ، فله أحوال ؛

أحدها : أن يكون واسع الرأس ، ويمكث زمنا يزول فيه التغيير : لو كان متغيرا ، فيطهر قطعا ؛

الثانية : أن يكون ضيقا ، ولا يمكث : فلا قطعا ؛

الثالثة : واسع الرأس ، ولا يمكث ؛

الرابعة : ضيقه ، ويمكث ، وفيهما وجهان ، الأصح : لايطهر ؛

فائدة

لنا ماء : هو ألف قلة ، وهو نجس من غير تغير ؛

وصورته : الماء الجارى على النجاسة ، وكل جرية لاتبلغ قلتين ؛

فائـدة

قال الأسنوى فى ألغازه : شخص يجب عليه تحصيل بول ليتطهر به عن وضوئه ، وغسله ، وإزالة نجاسته ؛

وصورته : جماعة معهم قلتان ، فصاعدا من الماء ، وذلك لايكفيهم لطهارتهم ؛ ولو كملوه ببول ، وقدروه مخالفا للماء فى أشد الصفات ؛ لم يغيره ، فانه يجب عليهم الخلط على الصحيح ، ويستعملون جميعه . كما بسطه الرافعى فى أول الشرح ؛

المسائل

التى لاينجس منها الماء القليل ، والمائع بالملاقاة عشر

الأولى

الميتة التى لادم لها سائل بشرطها ؛

الثانية

مالا يدركه الطرف ، وفيه تسع طرق :

أحدها : يعفى عنه فى الماء ، والثوب ؛

والثانى : لا ، فيهما ؛

والثالث : ينجس الماء دون الثوب ، لأن الثوب أخف حكما فى النجاسة ؛

والرابع : عكسه ، لأن للماء قوة فى دفع النجاسة ؛

والخامس : تنجس الماء ، وفى الثوب قولان ؛

والسادس : عكسه ؛

والسابع : لاينجس الماء ، وفى الثوب قولان ؛

والثامن : عكسه ؛

والتاسع : وهو أصح الطرق فيهما قولان ؛ أظهرهما عند النووى : العفو ؛

وهذه المسئلة نظير مسئلة ولاية الفاسق النكاح فى كثرة طرقها ، وقد تقدمت ؛

الثالثة

الهرة : إذا أكلت نجاسة ، ثم غابت بحيث يحتمل طهارة فمها : فإنه باق على نجاسته ؛

ولو ولغت فى ماء قليل ، أو مائع : لم ينجس ؛

وألحق المتولى بها السبع إذا أكل جيفة .

وخالفه الغزالى لانتفاء المشقة بعدم الاختلاط ؛

الرابعة

أفواه الصبيان ، كالهرة . قاله ابن الصلاح فى فتاويه ؛

الخامسة

اليسير من دخان النجاسة : صرح به الرافعى فى صلاة الخوف ؛

السادسة

اليسير من الشعر النجس : صرح به فى زوائد الروضة ؛

قال فى الخادم : وينبغى أن يلحق به الريش ؛

قال : إلا أن أجزاء الريشة الواحدة لكل جزء منها حكم الشعرة الواحدة ؛

السابعة

الحيوان الذى على منقاره نجاسة غير الآدمى إذا وقع فى الماء ، أو المائع : لاينجسه على الأصح ، لمشقة الاحتراز : صرح به الشيخان ، وسواء فيه الطائر ، وغيره ؛

الثامنة

غبار السرجين : صرح به الرافعى ، وأسقطه من الروضة ؛

التاسعة

ذرق ماتشربه فى الماء ، والمائع ، وبوله ؛

قال الأذرعى فى القوت : لاشك فى العفو عنه ، ولم أره منصوصا ؛

قلت : قال القاضى حسين : لو جعل سمكا فى حب(١) ماء ، فمعلوم أنه يبول فيه ، ويروث فيعفى عنه للضرورة ، وكذا فى تعليق البندنيجى ، ونقله القمولى فى الجواهر عن أبى حامد ؛

---

(١) الحب بضم الحاء المهملة : الخابية.

العاشرة

غسالة النجاسة بشروطها ، فانها ماء قليل لاقى نجاسة ، ومع ذلك لاينجس ؛
وقد صرح باستثنائها فى العجائب ، والمهمات ، وابن الملقن فى نكت التنبيه ؛
وقد جمعت هذه الصور فى الخلاصة ، فقلت ؛ بعد قولى فى آخر بيت :
وما دونها :

نجاسة تنجس ، إلا فى صور ماقل عرفا : من دخان ، أو شعر
ومن غبار ، وقليل مابصر يدركه ، ومنفذ . لامن شر
والفم فى الصبيان ، أو فى الهره غابت بحيث قد ظننا طهره
والميت مامنه دم لم يطرح ولم يكن تغير فى الأرجح
أما الذى يطرح فى حياته والنشو منه فاعف ، لاأماته
وذرق ناش ، والغسالات ، كما حرر ، والمانع ، والثوب كما

باب السواك

المواضع التى يتأكد فيها السواك سبعة ، نظمتها فى بيتين وهما :

يسن استياك كل وقت ، وقد أتت مواضع بالتأكيد خص المبشر
وضوء ؛ صلاة ؛ والقران ؛ دخوله لبيت ؛ ونوم ؛ وانتباه ، تغير

باب أسباب الحدث

ضابط

قال ابن القاص فى التلخيص : لايبطل شىء من العبادات بعد انقضاء عمله إلا الطهارة إذا انقضت ، ثم أحدث تبطل ؛

ضابط

قال ابن القاص أيضا : لاتبطل الطهارة طهارة ، إلا فى المستحاضة والسلس .

وعبر الأسنوى فى ألغازه ، عن ذلك بقوله : لنا طهارة لاتبطل بوجود الحدث ؛ وتبطل بعدمه وهى : طهارة دائم الحدث :

فائدة

قال الأسنوى : رجل ليس فى صلاة يحرم عليه أن يأتى بنوع من الذكر والقرآن ، لكونه محدثا حدثا أصغر ؛

وصورته : فى خطبة الجمعة ، بناء على اشتراط الطهارة فيها ؛

قال : وقل من صرح بذلك ، وقد تفطن لها الجرجانى ، فعدها فى البلغة من المحرمات

فائدة

قال المحب الطبرى والأسنوى : إذا مست المرأة ختانها لاينتقض وضوءها لأن الناقض من فرجها ملتقى الشفرين خاصة :

باب الاستنجاء

قال الأسنوى : لنا صورة لايشترط فيهاطهارة الحجر المستنجى به ، وذلك عند إرادة الجمع بين الماء والحجر ، صرح به الجيلى فى الإعجاز ، نقلا عن الغزالى فى بعض كتبه ، فتفطن لذلك وقيد به ماأطلقه الرافعى وغيره :

قلت : لكن البلقينى ضعفه فى فتاويه ، وقال إنه غير معتد به ؛

قال : إلا أنه يكفى مرة ، ولا يحتاج إلى الثلاث ؛

باب الوضوء

ضابط

لايسقط الترتيب إلا فى صورتين :

إحداهما : إذا انغمس فى الماء بنية رفع الحدث ولم يمكث ، كما صححه النووى:

الثانية : جنب غسل بدنه إلا رجليه ، أو عضوا من أعضاء وضوئه ، ثم أحدث ، لم يؤثر الحدث فيما بقى بغير غسل ، فيغسله عن الجنابة مقدما ومؤخرا ومتوسطا ؛

ويقال : وضوء خال عن غسل الرجلين :

وهذه صورته :

قال ابن السبكى : ونظير ذلك أن يقال ، لنا وضوء مشتمل على غسل الرجلين ، ومع ذلك لايحسب .

وصورته فى لابس الخف : إذا مسح ثم غسل رجليه وهما فى الخف ، فان البغوى ذكر فى فتاويه : أنه لايصبح غسلهما عن الوضوء ، حتى لو انقضت المدة أو نزع ، لزمه إعادة غسلهما لأنه لم يغسل الرجلين غسل اعتقاد الفرض ، فان الفرض سقط بالمسح .

قال : ويحتمل خلافه ، لأن تارك الرخصة إذا أتى بالأصل لايقال إنه لم يؤد الفرض ورده ابن السبكى : بأن الغسل لم يقع إلا وقد ارتفع حدثهما ؛

المواضع
التى يستحب فيها الوضوء

وقد نظمت فى الخلاصة فى ثمانية أبيات وهى :

ويندب الوضوء للقراءة والعلم شرعيا ؛ وللرواية

ولدخول مسجد : وإن غضب — وغيبة ، وكل زور ، ككذب
والسعي ، والوقوف ، والزياره — والنوم ، والتأذين ، والإمامه
وجنب ، للشرب والطعام — والعود للجماع والمنام
مع غسل فرج ، لالذات الدم ما — لم ينقطع ، وكره تركه انتمى
وعاين ، مع غسله للباطن — وصبه على المعين الواهن
وقص شارب ، ونقل الخطبة — وشكه وحمله للميت
وكل ماقيل بنقضه الوضو — ومن يرد عيادة معترض

شروط الوضوء

قلت فيها نظما :

وللناس فى شرط الوضوء تخالف — وحرره نظمى : فخذه بلا عسر
فأولها : الماء الطهور وعلمه — أو الظن ، والتمييز ، والفقد للكفر
وإعدام ماناف وفقد لمانع — كشمع ودهن وارتداد لدى خسر
وطهر محل الغسل ، فافهم واتئد — وحرر محل الخلف فى أيها يجرى
وتمييزه فرضا من النفل ، وليكن — كما حرروه فى الصلاة ، أولو الخبر
وفى امرأة : إنقاء حيض ، وشبهة — وأن تدخل الأوقات فى حق ذى الضر
وتقديم الاستنجا ، وحشو لمنفد — وتقديم تطهير عن الخبث المزرى
وإيلاؤه بين الوضوء ، وحشوه — وإيلاؤه فيه والإيلاء بالذكر

واعلم أن جميع شروط الوضوء شروط للغسل :

وقد أوضحت ذلك فى كتابى الخلاصة ، فقلت :

شرط الوضو كالغسل مطلق ، وظن — والعقل والإسلام لكن حيث عن
أثناءه الردة ألغ مابقى — والفقد مانع كفى التشقق

ضابط

قال الماوردى : ليس فى أعضاء الطهارة عضوان ، لايستحب تقديم الأيمن منهما إلا الأذنين ، فانه يستحب مسحهما دفعة :

قال ابن الرفعة : وزاد عليه بعضهم الخدين :

باب مسح الخف

لايجب إلا فى صورة واحدة :

وهى : أن يكون لابسا بشرطه ، ودخل وقت الصلاة ومعه مايكفيه لو مسح ، ولا

يكفيه لو غسل ، فالظاهر — كما ذكره ابن الرفعة فى الكفاية — وجوب المسح ، لقدرته على الطهارة الكاملة .

قال الأسنوى : وما ذكره تفقها ولم يظفر فيه بنقل .

وقد نقل الرويانى فى البحر : الاتفاق عليه .

ولو أرهق المتوضىء فى الحدث ، ومعه مايكفيه إن مسح ، لا إن غسل ، لم يجب لبس الخف ليمسح عليه ، كما صححه الشيخان ، والفرق واضح ، فان فى الأول تفويت ماهو حاصل بخلاف الثانى .

فائدة

قال البلقينى : نظير مسح الخف المغصوب ، غسل الرجل المغصوبة .

وصورته : أن يجب قطعها ، فلا يمكن من ذلك .

باب الغسل

قال النووى وغيره : لايعرف جنب يحرم عليه الصلاة والطواف ونحوهما دون القراءة واللبس إلا من تيمم عن الجنابة ثم أحدث .

باب التيمم

قال ابن القاص : كل شىء يبطل الطهارة ، ففى الصلاة وغيرها سواء ، إلا رؤية الماء فى الصلاة للمتيمم .

وزاد فى القديم ، النوم فى الصلاة .

ضابط

لايجمع بين الفرضين بتيمم إلا الجنازة والوطء ، فانهما يجوزان مع فرض آخر ويجوز مرات من كل بتيمم .

فائدة

قال الأسنوى : شخص لايصح تيممه إلا بعد تيمم غيره ، وهو المصلى على الجنازة لايصح تيممه حتى ييمم الميت أو يغسل .

فائدة

مسافر سفرا مباحا ، صلى صلوات : بعضها بالوضوء ، وبعضها بالتيمم يلزمه قضاء ماصلاه بالوضوء ، دون التيمم .

وصورته : أن يكون أجنب ، ونسى ، وكان يصلى بالوضوء تارة ، وبالتيمم تارة أخرى ، فإنه يجب قضاء ماصلاه بالوضوء دون التيمم ، لأن التيمم يقوم مقام الغسل .

ضابط

قال فى الروضة ، نقلا عن الجرجانى : كل من صح إحرامه بالفرض : صح إحرامه بالنفل إلا ثلاث : فاقد الطهورين ، وفاقد السترة ، ومن عليه نجاسة . عجز عن إزالتها .

ويزاد رابع ، على وجه ضعيف ، وهى : المتحيرة .

ضابط

قال فى المعاياة : ليس لنا وضوء يبيح النفل دون الفرض ، إلا فى صورة واحدة .

وذلك الجنب إذا تيمم ، وأحدث حدثا أصغر ووجد ماء يكفيه للوضوء فقط .. فتوضأ ، فإنه يباح له النفل دون الفرض .

باب النجاسات

الحيوان طاهر ، إلا الكلب ، والخنزير ، وفروعهما .

والميتات نجسة ، إلا السمك والجراد بالإجماع والآدمى على الأصح ، والجنين الذى وجد فى بطن المذكاة ، والصيد الذى لم تدرك ذكاته ، والمقتول بالضغطة ، والبعير الناد :

ولا حاجة إلى استثنائها فى الحقيقة : لأنها مذكاة شرعا .

واستثنى على رأى : مالا دم له سائل .

ضابط

الدم نجس ، إلا الكبد ، والطحال ، والمسك ، والعلقة فى الأصح ، والدم المحبوس فى ميتة السمك ، والجراد ، والجنين ، والميت بالضغطة والسهم ، والمنى ، واللبن إذا خرجا على لون الدم ، والدم الباقى على اللحم والعروق : لأنه ليس بمسفوح ، ودم السمك على وجه ، والمتحلب من الكبد ، والطحال على وجه ، والبيضة إذا صارت دما على وجه .

ضابط

قال ابن سريج فى كتابه تذكرة العالم :

جميع ماخرج من القبل ، والدبر نجس ، إلا الولد ، والمنى .

قلت : ويضم إليه المشيمة على الأصح .

قاعدة

قال القمولي في الجواهر : النجس إذا لاقى شيئا طاهرا ، وهما جافان : لاينجسه ؛
قال : ويستثنى صورة ، وهي : ماإذا اصق الخبز على دخان النجاسة في التنور ، فان ظاهر أسفله ينجس ، فيغسل بالماء ؛
قال : وذكر القاضي : أن دخان النجاسة لو أصاب ثوبا رطبا : نجسه ، أو يابسا فوجهان ؛

ضابط

قال الجرجاني في الشافي : ليس في النجاسات مايزال بنجس غير صورتين :
إحداهما : الدباغ يجوز بالنجس ؛
الثاني : قلة من الماء نجسة مفردة ، وقلة أخرى نجسة ، فجمعا ولا تغير : طهرتا ؛ فقد توصلنا إلى إزالة النجاسة بالنجاسة ؛

تقسيم

النجاسات أقسام

أحدها : مايعفى عن قليله وكثيره ، في الثوب ، والبدن ، وهو : دم البراغيث ، والقمل ؛ والبعوض . والبثرات ؛ والقيح . والصديد ؛ والدماميل ؛ والقروح ؛ وموضع الفصد ، والحجامة ، ولذلك شرطان :
أحدهما : أن لايكون بفعله ؛ فلو قتل برغوثا فتلوث به ، وكثر : لم يعف عنه ؛
والآخر : أن لايتفاحش بالإهمال ، فان للناس عادة في غسل الثياب .
فلو تركه سنة مثلا ، وهو متراكم : لم يعف عنه ، قاله الإمام ؛
وعلى ذلك حمل الشيخ جلال الدين المحلي قول المنهاج « وإن لم يكن بجرحه دم كثير » ؛
الثاني : مايعفى عن قليله : دون كثيره ، وهو : دم الأجنبي ، وطين الشارع المتيقن نجاسته ؛
الثالث : مايعفى عن أثره ؛ دون عينه ، وهو : أثر الاستنجاء ، وبقاء ريح ، أو لون عسر زواله ؛
الرابع : مالا يعفى عن عينه ، ولا أثره ، وهو ماعدا ذلك ؛

تقسيم ثان

مايعفى عنه من النجاسة أقسام

أحدها : مايعفى عنه في الماء ، والثوب ، وهو : مالا يدركه الطرف ، وغبار النجس

الجاف ، وقليل الدخان . والشعر : وفم الهرة : والصبيان :

ومثل الماء : المائع ، ومثل الثوب : البدن :

الثانى : مايعفى عنه فى الماء ، والمائع : دون الثوب والبدن ، وهو الميتة التى لادم لها سائل . ومنفذ الطير : وروث السمك فى الحب : والدود الناشىء فى المائع .

الثالث : عكسه ، وهو : الدم اليسير : وطين الشارع : ودود القز إذا ماتت فيه : لايجب غسله : صرح به الحموى . وصرح القاضى حسين بخلافه :

الرابع : مايعفى عنه فى المكان فقط ، وهو ذوق الطيور فى المساجد ، والمطاف ، كما أوضحته فى البيوع : ويلحق به مافى جوف السمك الصغار ، على القول بالعفو عنه ، لعسر تتبعها وهو الراجح .

الصور التى استثنى

فيها الكلب ، والخنزير من العفو

الأولى : الدم اليسير من كل حيوان : يعفى عنه ، إلا منهما . ذكره فى البيان :

قال فى شرح المهذب : ولم أر لغيره تصريحا بموافقته ، ولا مخالفته :

قال الأسنوى : وقد وافقه الشيخ نصر المقدسى فى المقصود :

الثانية : يعفى عن الشعر اليسير ، إلا منهما . ذكره فى الاستقصاء :

الثالثة : يعفى عن النجاسة التى لايدركها الطرف ، إلا منهما : ذكره فى الخادم بحثا .

الرابعة : الدباغ يطهر كل جلد ، إلا جلدهما : بلا خلاف عندنا :

الخامسة : يعفى عن لون النجاسة أو ريحها ، إذا عسر زواله ، إلا منهما : ذكره فى الخادم بحثا .

السادسة : قال فى الخادم : ينبغى استثناء نجاسة دخان نجاسة الكلب والخنزير ، لغلظهما ، فلا يعفى عن قليلها :

فائدة

نظير التفرقة بين الصبى الذى لم يأكل غير اللبن ، والذى أكل غيره فى البول : التفرقة بين السخلة التى لاتأكل غير اللبن والتى أكلت غيره فى الأنفحة .

باب الحيض

يتعلق به عشرون حكما : اثنا عشر حرام . تسعة عليها :

الصلاة . وسجود التلاوة . والشكر . والطواف . والصوم : والاعتكاف . ودخول المسجد ، إن خافت تلويثه ، وقراءة القرآن ، ومسه ، وكتابته على وجه :

وزاد فى المهذب : الطهارة .

وزاد المحاملى : حضور المحتضر .

وثلاثة على الزوج :

الوطء ، والطلاق ، وما بين السرة والركبة على الأصح .

وثمانية غير حرام :

البلوغ ، والاغتسال ، والعدة ، والاستبراء ، وبراءة الرحم ، وقبول قولها فيه ، وسقوط الصلاة ، وطواف الوداع .

ضابط

حيث أبيحت الصلاة أبيح الوطء ، إلا فى المتحيرة ، والتى انقطع دمها ، ولم تجد ماء ولا ترابا ، تصلى ، ولا توطأ .

ضابط

حيث أطلق الشهر فى الشرع : فالمراد به الهلالى ، إلا فى المبتدأة غير المميزة ، وفى المتحيرة ، وفى الأشهر الستة المعتبرة فى أقل مدة الحمل ، فإنها عددية قطعا ، قاله البلقينى .

باب الصلاة

قال الصدر موهوب الجزرى : لايعذر أحد من أهل فرض الصلاة فى تأخيرها عن الوقت إلا نائم ، وناس ، ومن نوى الجمع بسفر ، أو مرض ، ومكره على تأخيرها ، ومشتغل بانقاذ غريق ، أو دفع صائل ، أو صلاة على ميت خيف انفجاره ، ومن خشى فوت عرفة على رأى ، وفاقد الماء ، وهو على بئر لاتنتهى إليه النوبة حتى يخرج الوقت وعار فى عراة لاتصل إليه السترة ، حتى يخرج ، ومقيم عجز عن الماء ، حتى خرج الوقت .

باب تارك الصلاة

قال الصيمرى : ليس لنا عبادة يقتل أحد بتركها ، إذا صح معتقده ، إلا الصلاة ، لشبهها بالإيمان .

باب الأذان

الصلاة أقسام

قسم يؤذن لها ويقام ، وهى : الصلوات الخمس ، والجمعة .

وقسم لايؤذن لها ولا يقام ، وهى : المنذورة : والنوافل ، والجنازة ؛

وقسم يقام لها ولا يؤذن ، وهى : الفوائت المجتمعة غير الأولى ، والأولى على قول وجمع التأخير إذا قدم الأولى على قول .

وقسم لايؤذن لها ولا يقام ، ولكن ينادى لها : الصلاة جامعة ، كالكسوفين ، والاستسقاء ، والعيدين ؛

ضابط

قال الإمام : لايتوالى أذانان ، إلا فى صورة واحدة ، وهى : ماإذا أذن للفائتة قبل الزوال ، فلما فرغ زالت ، فانه يؤذن للظهر ؛

واستدرك النووى أخرى ، وهى : ماإذا أخر أذان الوقت إلى آخره ، ثم أذن وصلى فلما فرغ دخل وقت أخرى ؛

ضابط

لايسن الأذان فى غير الصلوات ، إلا فى أذان المولود ، وعند تغول الغيلان ، كما فى الحديث ، ولا تسن الإقامة لغير الصلاة ، إلا فى أذن المولود اليسرى ؛

باب استقبال القبلة

هو شرط فى صحة الصلاة ، إلا فى شدة الخوف ، ونفل السفر ، وغريق على لوح لايمكنه ، ومربوط لغير القبلة ، وعاجز لم يجد موجها ، وخائف من نزوله عن راحلته على نفسه ، أو ماله ، أو انقطاع رفقته ؛

واستثنى فى المعاياة ، من نفل السفر ماينذر ولا يتكرر : كالعيدين ، والكسوف ، والاستسقاء . لأنها نادرة ، فلا تدعو الحاجة إلى ترك القبلة فيها ؛

وهو استثناء حسن ، إلا أن الأصح خلافه ؛

ضابط

لايتعين استقبال غير القبلة إلا فى مسئلة على وجه ، وهى : ماإذا ركب الحمار منكوسا ، فصلى النفل إلى القبلة ، فإن القاضى حسين قال فى الفتاوى : يحتمل وجهين : الجواز ، لكونه مستقبلا ؛ والمنع ، لأن قبلته وجه دابته ، والعادة لم تجر بركوب الحمار معكوسا ؛

باب صفة الصلاة

ضابط

الأصابع فى الصلاة لها ست حالات

إحداها : حالة الرفع فى الإحرام ، والركوع ، والاعتدال ، والقيام من التشهد الأول فيستحب التفريق فيها .

الثانية : حالة القيام والاعتدال ، فلا تفريق ؛

الثالثة : حالة الركوع ، يستحب تفريقها على الركبتين .

الرابعة : حالة السجود ، يستحب ضمها وتوجيهها للقبلة ؛

الخامسة : حالة الجلوس بين السجدتين ، فالأصح : كالسجود ؛

السادسة : التشهد ، فاليمنى مضمومة إلا لمسبحة ، واليسرى مبسوطة ، والأصح فيها : الضم ؛

ضابط

يسن النظر فى كل الصلاة إلى موضع سجوده ، إلا حالة الاشارة بالمسبحة ، فاليها .

ضابط

لايجهر المأموم فى شيء من الصلوات إلا بالتأمين . ولا يستحب مقارنته للامام فى شيء إلا فيه ؛

فائدة

الصلوات التى يستحب فيها قراءة سورة الكافرون والإخلاص إحدى عشرة : سنة الفجر ، وسنة المغرب ، وسنة الطواف ؛ وأحاديثها عند مسلم ، وصرح بها الأصحاب ؛ وصبح المسافر ، لحديث ، رواه الطبرانى ؛ وصرح به الجوينى والغزالى ؛ ومغرب ليلة الجمعة لحديث رواه البيهقى . وسنة الضحى ، لحديث رواه العقيلى . وسنة الإحرام ، ذكرها النووى فى مناسكه ؛ وسنة الاستخارة : ذكرها فى الأذكار. وسنة السفر ، ذكرها فى الأذكار ؛ والوتر ، لحديث رواه أبو داود والترمذى ؛ وسنة الزوال ، ذكرها أبو حامد فى الرونق ؛

باب سجود السهو

قاعدة

ماأبطل عمده الصلاة اقتضى سهوه السجود ، ومالافلا ؛

ويستثنى من الأول : من انحرفت دابته عن مقصده فى نفل السفر وعاد عن قرب ، فإن عمده يبطل ، والأصح فى شرح المهذب ، والتحقيق : أنه لايسجد لسهوه ؛

ومن الثانى : تكرير الركن القولى ، ونقله ، والقنوت قبل الركوع ، والعمل القليل والقنوت فى وتر غير نصف رمضان الأخير ، إذا لم يندب فيه ؛ وتفريقهم فى الخوف أربع فرق ، فانه لايبطل عمده ، ويسجد للسهو فى الكل .

فائدة

يستثنى من السجود للقنوت : ماإذا اقتدى بحنفى لايراه ، فتركه تبعا لإمامه ، فانه لايسن له السجود ؛

قاله القفال فى فتاويه ، وجزم به الأسنوى ؛

قاعدة

لايتكرر سجود السهو ، إلا فى مسائل :

المسبوق : يسجد مع إمامه فى آخر صلاته .

ومثله : المستخلف المسبوق إذا سها ، يسجد موضع سجود إمامه ، ثم آخر صلاته ؛

ومن سجد لظن سهو ، فبان عدمه ؛ يسجد فى الأصح ؛

ولو سجدوا فى الجمعة ، وخرج الوقت ، أتموا ظهرا وسجدوا ؛

ومثله المسافر : إذا سجد ، ثم عرض موجب إتمام قبل السلام ، ومن سجد للسهو ، ثم سها ثانيا على وجه :

وأكثر مايمكن تكرره : ست سجدات ، على الأصح ، بأن يسجد المسبوق مع إمامه فى آخر الجمعة ، أو المسافر ، ثم يسجد معه إذا أتم ، ثم يسجد فى آخر صلاة نفسه ؛

وذكر الأسنوى : أنه يتصور عشر سجدات ، بأن يقتدى فى الرباعية بثلاثة أئمة كل فى الأخيرة ، وسها كل إمام منهم ، وسجد معه ، فهذه ست ، ثم قام وسها فانه يسجد ، فهذه ثمان ، فإن كان اقتدى برابع فى أول صلاته أدركه فى التشهد الأخير ، وسجد معه كملت له عشر سجدات ؛

باب صلاة النفل

ضابط

التحية مندوبة إلا فى مواضع

الخطيب إذا خرج للخطبة ؛

الثانى : إذا دخل الإمام فى المكتوبة ؛

الثالث : إذا دخل والإمام داخل الخطبة ، أو قرب إقامة الصلاة ، بحيث يفوته أولها .

الرابع : إذا دخل المسجد الحرام ؛

ضابط

ليس لنا نفل يجب الاحرام به قائما ، إلا تحية المسجد ، فانه متى جلس عامدا فاتت قاله القمولى فى الجواهر ؛

فائدة

قال الأسنوى : شخص يسن له الاغتسال لصلاة الضحى فى مكان خاص ؛

وصورته : ماذكره المحاملى فى اللباب ؛ حيث قال : ومن دخل مكة ، وأراد أن يصلى الضحى أول يوم اغتسل ، وصلاها ، كما فعله صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة ؛

باب صلاة الجماعة

قاعدة

قال فى الخادم : كل مكروه فى الجماعة يسقط فضيلتها اه ؛

وفى ذلك صور منقولة

الأولى : إذا قارن الإمام فى الأفعال ، وهى فى الشرح ، والروضة ؛

الثانية : إذا تقدم عليه من باب أولى ؛

الثالثة : إذا فارقه : ذكره الشيخ أبو إسحاق الشيرازى ، وجزم به الشيخ جلال الدين المحلى .

الرابعة : إذا نوى القدوة فى أثناء صلاته . ذكره الشيخ جلال الدين ، أخذا من كراهة ذلك .

الخامسة ، إذا وقف منفردا خلف الصف : ذكره الزركشى فى الخادم ، وابن العماد والشيخ جلال الدين، أخذا من الكراهة أيضا :

قلت : ورواه البيهقى عن بعض السلف :

السادسة : صلاة القضاء خلف الأداء ، وعكسه : صرح بها فى الخادم ، أخذا من كونه خلاف الأولى .

السابعة : صلاة النوافل المطلقة فى الجماعة ، فإنها لاتستحب فيها ، كما فى الروضة .

قال الأسنوى، فى الألغاز : وإذا لم تكن مستحبة ، فلا ثواب فيها ، فإنه لوكان فيها لزم استحبابه ، حيازة لذلك الثواب .

ومما ليس بمنقول

الشروع فى صف قبل إتمام ماأمامه

وقد أجبت فيه بعدم حصول الفضيلة أيضا ، أخذا من الكراهة :

وقد ألفت فى ذلك كراسة ، بينت فيها الأمور التى استندت إليها فى ذلك ، فلتراجع :

الأعذار المرخصة

فى ترك الجماعة نحو أربعين

المطر مطلقا ، والثلج إن بل الثوب ،والريح العاصف بالليل ، وإن لم يظلم ،والوحل الشديد ،والزلزلة ، والسموم ،وشدة الحر فى الظهر ،وشدة البرد ليلا ، أونهارا ،وشدة الظلمة ، ذكرها المحب الطبرى .

هذه عامة ، والباقية خاصة

المرض ، والخوف على نفس ، أو مال

ومنه أن يكون خبزه فى التنور ، أو قدره على النار ، ولا متعهد .

والخوف من ملازمة غريمه ، وهو معسر ، والخوف من عقوبة تقبل العفو يرجو تركها إن غاب أياما .

ومدافعة الريح ، أوأحد الأخبثين ، والجوع ، والعطش الظاهران :

وحضور طعام يتوق إليه ، والتوق إلى شىء ، ولم يحضر ، قاله فى الكفاية :

وفقد لباس يليق به ، والتأهب لسفر مع رفقة ترحل :

وأكل ذي ريح كريه ، ولم تمكن إزالته بعلاج ، والبخر ، والصنان . ذكرها الأسنوى.

وزاد الأذرعى : صاحب الصنعة القذرة ، كالسماك ، والبرص والجذام .

وصرح الأسنوى بأن الأخيرين ليسا بعذر .

والتمريض ، وحضور قريب محتضر ، أومريض يأنس به ، ونشد الضالة ، ووجود من غصب ماله وأراد رده ، وغلبة النوم ، والسمن المفرط . نقله فى المهمات عن ابن حبان وكونه متهما .

قاله فى الذخائر ، أوفى طريقه من يؤذيه بلا حق ، ولو بشتم ، ولم يمكن دفعه . نقله الأذرعى .

باب الإمامة

ضابط

الناس فى الإمامة أقسام

الأول : من لاتجوز إمامته بحال ، وهم : الكافر ، والمجنون ، والمأموم ، والمشكوك فى أنه إمام .

الثانى : من يجوز مع الجهل دون العلم ، وهم : الجنب ، والمحدث ، ومن عليه نجاسة لايعفى عنها .

الثالث : من يجوز بقوم دون قوم ، وهم : الأمى ، والألثغ ، والأرت لمثله ، والمرأة والخنثى للنساء .

الرابع : من يصح لصلاة ، دون صلاة ، وهم : المسافر ، والعبد . والصبى : لاتصح إمامتهم فى صلاة الجمعة : إن تم العدد بهم ، وتصح فى غيرها .

الخامس : من تكره إمامته ، وهم ولد الزنا والفاسق والمبتدع واللاحن والتمتام والفأفاء وغير الحر .

السادس : من تختار إمامته وهو : من سلم من ذلك .

ضابط

لايعتبر لمأموم تقدم إحرام مأموم إلا فى صورتين :

إحداها : أن يكون بينه وبين الإمام مأموم ، لولاه لم يحصل اتصال ، ذكره القاضى حسين وأقره الشيخان .

الثانية فى الجمعة : من لاتنعقد به لاينعقد إحرامه بها حتى يحرم أربعون كاملون ذكره القاضى حسين أيضا واستشكله البلقينى .

فائدة

قال الأسنوى فى الألغاز : شخص يجوز أن يكون إماما ولا يجوز أن يكون مأموما وهو الأعمى الأصم ، يجوز أن يكون إماما ، لأنه مستقل بأفعال نفسه ، لا مأموما لأنه لا طريق له إلى العلم بانتقالات الإمام إلا أن يكون إلى جنبه ثقة يعرفه بالانتقالات ، ذكره الجوينى فى الفروق ، ونقله عن نص الشافعى .

باب صلاة المسافر

ضابط

لا يقصر فى سفر قصير إلا فى موضع على الأصح ، وموضعين على رأى :

الأول : خرج قاصدا سفرا طويلا ثم نوى الإقامة فى وسط الطريق أربعة أيام فأكثر والباقى : مرحلة مثلا : فالأصح أنه يترخص مالم يدخل البلد :

الثانى : أن يكون سفره مرحلة وقصد الذهاب والرجوع بلا إقامة ، ففى وجه يقصر :

الثالث : أجاز الشافعى فى قول : القصر فى السفر القصير مع الخوف :

ضابط

قال فى التلخيص : لا يجوز لأحد أن يصلى أربع ركعات فى كل ركعة سجدة إلا فى مسألة واحدة :

وهى : مسافر صلى الظهر بنية القصر ، فسها وصلى أربعا فى كل ركعة سجدة أجزأته وعليه سجدتا السهو :

وكذلك صلاة الجمعة مثلها :

ضابط

قال فى التلخيص : كل من أحرم خلف مقيم ، لزمه الإتمام إلا فى مسألة واحدة :

وهى : ما إذا بان الإمام محدثا أو جنبا :

باب صلاة الجمعة

ضابط

كل عذر أسقط الجماعة أسقط الجمعة إلا الريح العاصف ، فان شرطها : الليل والجمعة لا تقام ليلا :

ضابط

الناس فى الجمعة أقسام

الأول : من تلزمه وتنعقد به وهو كل ذكر صحيح ، مقيم متوطن مسلم بالغ ، عاقل حر ، لاعذر له .

الثانى : من لاتلزمه ،ولاتنعقد به ، ولكن تصح منه ، وهم: العبد والمرأة والخنثى ، والصبى والمسافر ؛

الثالث : من تلزمه ولاتنعقد به وذلك اثنان : من داره خارج البلد وسمع النداء ومن زادت إقامته على أربعة أيام وهو على نية السفر ؛

الرابع : من لاتلزمه وتنعقد به ، وهو المعذور بالأعذار السابقة ؛

ضابط

قال فى المعاياة : من لاتجب عليه الجمعة لاتنعقد به إلا المريض ، ومن فى طريقه مطر أو وحل ومن تجب عليه تنعقد به إلا الاثنين وذكر السابقين ؛

ضابط

قال الأسنوى فى ألغازه : ليس لنا صلاة تدخل الكفارة فى تركها استحبابا إلا الجمعة فانه يستحب لمن تركها بغير عذر أن يتصدق بدينار ، أو نصف دينار ، لحديث بذلك قاله الماوردى .

ضابط

قال فى شرح المهذب : قال القاضى أبو الطيب ، لايتصور انعقاد الجمعة عند الشافعى فى غير بناء إلا فى مسألة واحدة وهى :

ما إذا انهدمت أبنية القرية ، فأقام أهلها على عمارتها فانهم يلزمهم الجمعة فيها ، لأنها محل استيطانهم سواء كانوا فى سقائف ومظال أم لا ؛

باب صلاة العيد

ضابط

ليس لنا موضع لاتسن فيه صلاة العيد إلا الحاج بمنى .

باب صلاة الاستسقاء

قال ابن القطان : ليس فى باب الاستسقاء مسألة فيها قولان غير مسألة واحدة وهى :

ما إذا لم يسقوا فى المرة الأولى وأرادوا الاستسقاء ثانيا ، فهل يخرجون من الغد ؛

أم يتأهبون بصيام ثلاثة أيام وغيره مرة أخرى؟ فيه قولان للشافعى .

قال فى شرح المهذب : ويضم إليه مسألة تنكيس الرداء ، فان فيها أيضا قولين .

باب صلاة الجنازة

ضابط

قال فى اللباب ، الموتى أقسام

الأول : من لا يغسل ولا يصلى عليه ، وهو الشهيد فى المعركة .

الثانى : من يغسل ولا يصلى عليه ، كالكافر والسقط إذا لم يستهل ولم يتحرك .

الثالث : من يصلى عليه ولا يغسل ، وهو من تعذر غسله للخوف من تفتته فيتمم .

وكذا : من مات وليس هناك إلا أجنبية أو عكسه .

الرابع : من يغسل ويصلى عليه ، وهو من عدا هؤلاء .

باب الزكاة

قاعدة

قال الأصحاب : الزكاة إما أن تتعلق بالبدن أو بالمال .

فالأول : زكاة الفطر .

والثانى : إن تعلقت بماليته ، فهى المتعلقة بالقيمة وهى ، زكاة التجارة .

وإن تعلقت بذاته ، فالمال ثلاثة أقسام، حيوانى ومعدنى ونباتى .

فالحيوانى : لا زكاة فى شىء منه إلا فى النعم .

والمعدنى : لا زكاة فى شىء منه إلا فى النقدين .

والنباتى : لا زكاة فى شىء منه إلا فى المقتات .

ضابط

لا يعتبر الحول فى الزكاة فى سبعة أشياء :

زكاة الزرع والثمار والمعدن ، والركاز، والفطر، وزيادة الربح فى التجارة ، والسخال إذا ماتت أمهاتها أو كملت النصاب .

قاعدة

المبادلة توجب استئناف الحول إلا فى موضعين

أحدهما فى التجارة إذا بادل سلعة التجارة بمثلها ، أو اشترى بغير النصاب من النقدين سلعة لها .

الثانى : فى الصرف إذا بادل أحد النقدين بالآخر ، على الصحيح ؛

قاعدة

لاتجتمع زكاتان فى مال إلا فى ثلاث مسائل

الأولى : عبد التجارة ، فيه زكاتها والفطرة ؛

الثانية : نخل التجارة تخرج زكاة الثمرة وزكاة الجذع ونحوه بالقيمة ؛

الثالثة : من اقترض نصابا فأقام عنده حولا ، عليه زكاته وعلى مالكه ؛

ومثله اللقطة : إذا تملكها حولا ؛

قاعدة

لاتؤخذ القيمة فى الزكاة إلا فى أربعة مواضع

أحدها : زكاة التجارة ؛

والثانى : الجبران ؛

والثالث : إذا وجد فى مائتين من الإبل : الحقاق وبنات اللبون ، فاعتقد الساعى أن الأغبط : الحقاق فأخذها ولم يقصر ،ولا دلس المالك، وقع الموقع وجبر التفاوت بالنقد ؛

الرابع : إذا عجل الامام ولم يقع الموقع وأخذ القيمة فله صرفها بلا إذن جديد ؛

قاعدة

لايؤخذ فى زكاة الماشية إلا الإناث ، إلا فى مواضع

أحدها : ابن اللبون أو حق ، عند فقد بنت مخاض ؛

الثانى : تبيع فى ثلاثين من البقر ؛

الثالث : الشاة المخرجة ؛ فيما دون خمس وعشرين ؛

الرابع : البعير المخرج كذلك ؛

الخامس : إذا تمحضت ذكورا ؛

قاعدة

من لزمته نفقته لزمته فطرته ، ومن لا فلا

ويستثنى من الأول صور :

العبد ، والقريب ، والزوجة ، الكفار ، والبائن الحامل ، وزوجة العبد المكاتب ، والموقوف على مسجد ، أو معين ، أو عبد بيت المال ، والموصى برقبته لواجد ومنفعته لآخر ، وزوجة المعسر ، وزوجة الأب ،ومن مات سيده قبل الهلال وعليه دين مستغرق وعبد المالك فى المساقاة ، والقراض إذا شرط عمله مع العامل : عليه نفقته ، وفطرته على

السيد ، والفقير ، على المسلمين نفقته ، لافطرته : ذكره الخفاف ؛

ولو أجر عبده ، وشرط نفقته على المستأجر ، ففطرته على السيد : نص عليه فى الأم ؛

ومن حج بالنفقة ، ومن أسلم على عشر نسوة : قال فى الخادم : عليه نفقة الجميع ، لاالفطرة فيما يظهر ، لأنها إنما تتبع النفقة بسبب الزوجية ؛

فهذه عشرون صورة ؛

ويستثنى من الثانى :

المكاتب كتابة فاسدة : على السيد فطرته ، لانفقته : وسيد الأمة المزوجة .

قاعدة

لايبعض الصاع فى الفطر ، إلا إذا اعتبر بلد المؤدى فى العبد ونحوه ، وهو ضعيف .

ضابط

لايخرج فى الفطرة ، دون صاع : إلا فى مسائل

الأولى : من نصفه مكاتب ، ونصفه الآخر حر ، أو عبد ؛

الثانية : عبد بين شريكين . أحدهما معسر ؛

الثالثة : المبعض إذا كان معسرا ؛

الرابعة : إذا لم يوجد إلا بعض صاع .

باب الصيام

قال فى التلخيص : الصيام ستة أنواع

أحدها : مايجب التتابع فيه ، وفى قضائه ، وهو صوم الشهرين فى كفارة الظهار ، والقتل ، والجماع .

الثانى : مايجب التتابع فيه إلا لعذر المرض ، والسفر ، ولا تجب فى قضائه ؛ وهو شهر رمضان ؛

الثالث : مايجب فيه التفريق ؛ وفى قضائه ، وهو صوم التمتع ؛

الرابع : مايستحب فيه التتابع ، وهو صوم كفارة اليمين ؛

الخامس : النذر ، وهو على قدر مايشرط الناذر من تتابع ، أو تفريق ، وقضاؤه مثله :

السادس : ماعدا ذلك ، فلا يؤمر فيه بتتابع ، ولا تفريق ؛

ضابط

المعذورون فى الإفطار من المسلمين البالغين أربعة أقسام

الأول : عليهم القضاء ، دون الفدية : وهم : الحائض : والنفساء ، والمريض والمسافر ، والمغمى عليه :

الثانى : عكسه ، وهو الشيخ الذى لايطيق .

الثالث : عليهم القضاء والفدية ، وهم : الحامل ، والمرضع إذا أفطرتا خوفا على الولد .

ومن أفطر لانقاذ غريق ، ونحوه : ومؤخر قضاء رمضان مع الإمكان . حتى يدخل رمضان آخر :

الرابع : لاقضاء ، ولا فدية . وهو المجنون .

قاعــــدة

لاتجتمع الفدية ، والقضاء عندنا : إلا فى الصوم ، فى القسم الثالث ، ومن أفسد صومه بالجماع : وفى الحج : من أفسد حجه بالجماع ، أو فاته الحج ، أو أخر رمى يوم إلى يوم ، على رأى ضعيف .

قلت : وفى الجمعة : كما تقدم .

قاعدة

كل من وجب عليه أداء رمضان ، فأفطر فيه عمدا ، وجب عليه القضاء بلا خلاف إلا فى صورة واحدة : وهى ،

المجامع : لايلزمه مع الكفارة القضاء ، على رأى مرجوح .

ضابط

ليس لنا صبى يصوم فى رمضان ، ثم يجامع نهارا فيلزمه الكفارة ، إلا أن يبلغ قبل جماعه :

باب الحج

ضابط

ليس لنا موضع يسقط فرض الحج وعمرته بالنيابة عن المجنون ، إلا فى موضع واحد وهو : أن يجن ويعضب ،

ضابط

لاينقلب الحج عمرة : إلا فى صورة :

وهى : أن يشرط انقلابه عمرة بالمرض : فإنه يصح فى الأصح ، وأحرى على وجه بالفوات :

ضابط

ليس لنا تحلل قبل وقته بلا هدى ، إلا إذا شرط أنه إذا مرض تحلل ، أو شرطه لغرض آخر : من فراغ نفقة ، وضلال ، ونحوهما :

ضابط

لايحل شيء من محرمات الإحرام بغير عذر قبل التحلل الأول ، إلا حلق شعر بقية البدن : فإنه يحل بعد حلق الركن : أو سقوطه لمن شعر على رأسه :

قال البلقينى : وقياسه : جواز القلم حينئذ ، كالحلق إذ هو شبهه : قال : وفيه نظر :

ضابط

فدية الحج عشرون

دم التمتع : والقران ، والفوات : والإحصار : والتأخير إلى الموت : والإفساد : والاستمتاع دون الإفساد : والمبيت بمزدلفة : ومنى لياليها : والميقات : والدفع من عرفة قبل الغروب : والرمى والحلق . واللبس : والطيب : والقلم : والصيد . ونبات الحرم : وطواف الوداع : وترك مشى القادر عليه إلى بيت الله ، إذا نذره :

فائدة

قال الحليمى : الفدية تفارق الكفارة فى أن الكفارة لاتجب إلا عن ذنب : بخلاف الفدية ، وحيث وجبت فى الشرع ، فهى مقدرة . إلا فى فدية الأذى ، فإنها بمدين ، وعلى التراخى ، إلا إذا كانت بسبب تعدى فيه : كما لو نذر صوم الدهر ، فأفطر يوما تعديا فإنها تجب على الفور . صرح به الرافعى :

ضابط

الدماء أربعة أضرب

أحدها : تخيير ، وتقدير : أى قدر الشرع البدل ، وذلك دم الحلق ، والقلم ، والطيب واللبس ، والدهن ، ومقدمات الجماع ، شاة الجماع بين التحللين :

الثانى : تخيير ، وتعديل : أى يعدل فيه إلى الإطعام ، وذلك : جزاء الصيد ، وما ليس بمثلى يتصدق بقيمته طعاما ، أو يصوم عن كل مد يوما ، فإن انكسر صام يوما كاملا .

الثالث : ترتيب ، وتقدير ، وهو : دم التمتع ، وترك المأمور : كالإحرام من الميقات عند العراقيين .

الرابع : ترتيب ، وتعديل ، وهو دم الجماع ، والإحصار ، وترك المأمور على المرجح .

قاعدة

كل الدماء تتعين فى الحرم . إلا دم الإحصار ، فحيث أحصر

قاعدة

يتعدد الجزاء بتعدد سببه ، إلا استمتاع غير جماع اتحد نوعه ، ومكانه ، وزمانه أو نوعين للتبعية ، كلبس ثوب مطيب على النص .

ولو باشر بشهوة ثم جامع : دخلت الشاة فى البدنة ، فى الأصح .

باب الصيد

من ملك صيدا ، حرم عليه إرساله ، إلا فى صور :

أن يحرم ، أو يكون له فرخ يموت ، أو لم يجد مايطعمه ، أو مايذبحه به .

باب الأطعمة

الحيوان أربعة أقسام

أحدها : مافيه نفع ، ولا ضرر فيه . فلا يجوز قتله .

الثانى : مافيه ضرر بلا نفع ، فيندب قتله : كالحيات ، والفواسق .

الثالث : مافيه نفع من وجه ، وضرر من وجه ، كالصقر والبازى ، فلا يندب ، ولا يكره .

الرابع : مالا نفع فيه ، ولا ضرر ، كالدود ، والخنافس ، فلا يحرم : ولا يندب .

ضابط

ليس لنا بيض يحرم أكله .

واستثنى بعضهم بيض الحيات والحشرات ، ولا شك فيه .

وليس لنا فى الحيوان شىء يؤكل فرعه ولا يؤكل أصله إلا لبن الآدمى ، وبيض مالا يؤكل لحمه ، وعسل النحل وماء الزلال :

زاد فى الخادم : والزباد ، يؤخذ من سنور برى ولا يمتنع أكله ، كما لايمتنع أكل المسك :

كتاب البيع

البيع أقسام

صحيح قولا واحدا وفاسد قولا واحدا ، وصحيح على الأصح ؛ وفاسد على الأصح وحرام يصح ، ومكروه :

فالأول : عشرة ، كل بشرطه :

بيع الأعيان والمطعوم بمثله ، والصرف والعرايا والتولية والإشراك والمرابحة وشراء ما باع ، وبيع الخيار والعبد المأذون والسلم ، والثانى بيع المعدوم ، ومنه :

حبل الحبلة ، والمضامين والملاقيح ، ومالا منفعة فيه ومالا يقدر على تسليمه ، وكل نجس وما يتعلق به حق الله تعالى ، والآدمى كالوقف والأضحية ، والرهن والربا ، وبيع وشرط مفسد ، والمنابذة والملامسة والحصاة وعسب الفحل ، والمجهول ومالا يقبض من غير البائع ، والمحاقلة والمزابنة والثمار قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع والغرر والسلاح للحربى ، والطعام حتى يجرى فيه الصاعان ، والكالىء بالكالىء :

والثالث : كالبيع بالكناية ، وبيع الماء ولو على الشط ، والتراب بالصحراء والعلق لامتصاص الدم ، والعبد الذى عليه قتل والنحل خارج الكوارة ، وماضم إليه عقد آخر وبطل بعض صفقته ، وبشرط العتق وبشرط البراءة من العيوب :

والرابع : بيع المعاطاة ، والمتنجس من المائعات وحمام البرج الخارج ، والصبرة تحتها دكة مع العلم ، والفضولى ، والجانى المتعلق برقبته مال ، والمفلس ماله المعين ، وأم الولد ، والمكاتب ، ومالم ير ، والعبد المسلم للكافر ، إلا إن عتق عليه بقرابة أو اعتراف ، وما استغرقت الوصية منافعه لغير الموصى له ، وبيع حامل مع استثناء حملها لفظا أو شرعا ، والمصحف ، والحديث ونحوه من الكافر ، والعرايا فى غير الرطب والعنب ، أو فى خمسة أوسق فأكثر ، واللحم بالحيوان والولد غير المميز دون أمه وبيع اثنين عبدين لكل واحد بثمن واحد ، ولم يعلم مايخص كلا منهما وما ضم إلى الكتابة ومالم يقبض من البائع وبيع مالا جفاف له بمثله ، وما اشترط فيه رهن أو كفيل مجهول :

والخامس : بيع الحاضر للبادى ، وتلقى الركبان ، والنجش وعلى بيع غيره والشراء عليه ، وبيع العنب لمن علم أنه يعصره خمرا ، والبيع وقت النداء ليوم الجمعة :

والسادس: بيع العنب لمن يظنه يعصره خمرا ، والصبرة جزافا ، والمرة ، والعينة ، ومواطأة رجل فى الشراء منه بزائد ليغر به ؛

ضابط

قال صاحب التلخيص : بائع مال الغير إمام أو حاكم أو ولى أو وصى ، أو وكيل أو مستحق ظفر بغير جنس حقه ، أو المهدى إذا عطب الهدى ، وقلنا يجوز بيعه ، أو ملتقط يخاف هلاك اللقطة ؛

الصور التى يدخل فيها
العبد المسلم فى ملك الكافر

١ ـ ابتداء الإرث ؛

٢ ـ استرجاعه بإفلاس المشترى .

٣ ـ يرجع فى هبته لولده ؛

٤ ـ يرد عليه بالعيب ؛

٥ ـ إذا قال المسلم : أعتق عبدك عنى فأعتقه ؛

٦ ـ إذا عجز مكاتبه عن النجوم ، فله تعجيزه ؛

٧ ـ إذا اشترى من يعتق عليه لقرابة ؛

ذكر هذه السبعة النووى فى الروضة ؛

٨ ـ إذا اشترى من يعتق عليه باعترافه ، كأن أقر بحرية مسلم فى يد غيره ، ثم اشتراه ؛

٩ ـ أن يرجع إليه بتلف مقابله قبل القبض ؛

١٠ ـ أن يرجع إليه بإقالة ، إن جوزناه ؛

١١ ـ أن يرد الثمن الذى باعه به لعيب ويسترجعه ؛

١٢ ـ أن يتبايع كافران عبدا كافرا فيسلم قبض قبضه ، فيمتنع القبض ويثبت للمشترى الخيار ، فاذا فسخ فقد دخل فى ملك البائع الكافر ؛

١٣ ـ تبايعاه بشرط الخيار فأسلم ، دخل فى ملك الكافر بانقضاء خيار البائع ؛

١٤ ـ إذا باعه بشرط الخيار للمشترى ، ففسخ ، دخل بالفسخ فى ملك الكافر بعد أن كان فى ملك من له الخيار ؛

١٥ ـ أن يرد عليه لفوات شرط ، ككتابة وخياطة ؛

١٦ ـ إذا اشترى ثمرا بعبد كافر ، فأسلم واختلطت وفسخ العقد ؛

١٧ ـ إذا باع الكافر عبده المسلم المغصوب ممن يقدر على انتزاعه ، فعجز قبل قبضه وفسخ المشترى ؛

١٨ ـ باعه من مسلم رآه قبل العقد ، ثم وجده متغيرا عما كان وفسخ ؛

١٩ ـ باعه المسلم ماله غائب فى مسافة القصر وفسخ .

٢٠ ـ باعه بصبرة من طعام ، ثم بان تحتها دكة وفسخ .

٢١ ـ جعله رأس مال سلم ، فانقطع المسلم فيه وفسخ ؛

٢٢ ـ أقرضه ، ثم رجع فيه قبل التصرف ؛

٢٣ ـ ورثه وباعه ، ثم ظهر على التركة دين ولم يقضه ، بفسخ البيع ويعود إلى ملكه ؛

٢٤ ـ اشترى العامل الكافر عبيدا للقراض ، واقتسما بعد إسلامهم ، فقياس المذهب صحته وحينئذ ، فيدخل المسلم فى ملكه ، لأن العامل لا يملك حصته إلا بالقسمة ؛

٢٥ ـ أن يجعله أجرة أو جعلا ، ثم يقتضى الحال فسخ ذلك بسبب من الأسباب ؛

٢٦ ـ التقطه وحكمنا بكفره فأسلم ، وأثبت كافر أنه كان ماله فإنه يرجع فيه ، فانهم صرحوا بأن التملك بالالتقاط ، كالتمليك بالقرض ؛

٢٧ ـ أن يقف على كافر أمة كافرة ، فتسلم ثم تأتى بولد من نكاح أو زنا ، فانه يكون مسلما تبعا لأمه ، ويدخل فى ملك الكافر ، لأن نتاج الموقوفة ملك للموقوف عليه ، على الصحيح ؛

٢٨ ـ أن يوصى لكافر بما تحمله أمته الكافرة ، فيقبل ثم تسلم وتأتى بولد ؛

٢٩ ـ أن يتزوج المسلم بأمة مسلمة لكتابى ؛ فانه يصح ، وولدها منه مسلم مملوك لسيد الأمة ؛

٣٠ ـ وطئ كافر جارية مسلمة لولده وأولدها ؛ انتقلت إليه وصارت مستولدة له ؛

٣١ ـ وطئ مسلم أمة كافر ، على ظن أنها زوجته الأمة ، فالولد مسلم مملوك للكافر ؛

٣٢ ـ أصدق الكافر زوجته كافرا ، فأسلم واقتضى الحال رجوعه أو بعضه إلى الزوج بطلاق ، أو فسخ بعيب ، أو إعسار أو إسلام ، أو فوات شرط أو تخالف ؛

٣٣ ـ خالع زوجته الكافرة على كافر فأسلم ، واقتضى الحال فسخ الخلع بعيب ، أو نحوه ؛

٣٤ ـ أسلم عبد الكافر ، بعد أن جنى جناية توجب مالا يتعلق برقبته ، وباعه بعد اختيار الفداء ، فتعذر تحصيل الفداء أو تأخر لإفلاسه ، أو غيبته أو صبره على الحبس ، فانه يفسخ البيع ويعود إلى ملك سيده الكافر ، ثم يباع فى الجناية ؛

٣٥ ـ إذا حضر الكفار الجهاد بإذن الإمام وكانت الغنيمة أطفالا أو نساء أو عبيدا ، فأسلموا بالاستقلال أو التبعية ، ثم اختار الغانمون التملك ، فقياس المذهب : أن الإمام يرضخ للكفار مما وجد لتقدم سبب الاستحقاق ، وهو حضور الوقعة وحصول الاختيار المقتضى للملك على الصحيح ؛

٣٦ ـ أن يكون بين كافرين أو كافر ومسلم : عبيد مسلمون أو بعضهم مسلم فيقتسمون وقلنا : القسمة إقرار ، فقياس المذهب يقتضى الجواز ، وحينئذ : فيدخل المسلم أو بعضه فى ملك الكافر ؛

٣٧ ـ أن يعتق الكافر نصيبه من عبد مسلم ، فان الباقى يدخل فى ملكه ، ويقوم عليه نقله فى شرح المهذب عن البغوى وأقره ؛

٣٨ ـ أسلمت أمة الكافر ، ثم ولدت من غيره بنكاح أو زنا قبل زوال ملكه فانه يدخل فى ملكه ؛

٣٩ ـ كاتب عبده المسلم ثم اشترى المكاتب عبدا مسلما ، ثم عجز فان أمواله تدخل فى ملك السيد ومن جملتها : عبده المسلم ؛

٤٠ ـ أسلمت مستولدته ، ثم أتت بولد من نكاح أو زنا ، فانه يكون مملوكا له .

ذكر هذه الصور كلها فى المهمات ؛

وفاته : ماإذا فسخ البيع فيه بتخالف ؛

وما إذا اشترى مسلما بشرط العتق على وجه ؛

وقد ذكر ابن السبكى فى الأشباه والنظائر أكثر الصور المذكورة وعد صورة الصداق باعتبار أسبابها ست صور ، وفعل فى غيرها أيضا كذلك ؛

وبهذا الاعتبار تزيد الصور على الخمسين ؛

قلت : قد جمعت هذه الصور فى أحرف يسيرة فى مختصر الجواهر فقلت :

لايدخل المسلم فى ملك كافر ابتداء إلا بإرث ، أو شراء يعقبه العتق لقرابة أو اعتراف أو سؤال أو سراية أو شرط على وجه ، أو فسخ بعيب به أو بثمنه ، أو فوات شرط أو تخالف أو إقالة ، أو تلف مقابله قبل القبض ، أو إفلاس مشتريه ، أو غيبة ماله ، أو ظهور دين على التركة ، أو فسخ ماجعل فيه سلما أو أجرة ، أو جعلا أو صداقا أو خلعا ، أو قسمة فى شركة أو قراض أو رضخ أو نتاج أمته القنة ، والمستولدة ، والموصى بها له ، والموقوفة عليه من زوج أو زنا أو وطء بشبهة لاتقتضى الحرية ، أو رجوع فى قرض أو هبة أو التقاط أو كتابة ؛

قاعدة

ماعجز عن تسليمه شرعا ، لالحق الغير . هل يبطل لتعذر التسليم أو يصح نظرا الى كون النهى خارجا ؟ .

فيه خلاف فى صور

منها النهى : عن التفريق بين الأم وولدها ، وعن بيع السلاح للحربى ، وبيع الماء

أوهبته فى وقت الصلاة ، وبيع جزء معين مما لاينقص بالقطع ؛
فى كل : قولان أو وجهان ، أصحهما البطلان ؛
ومنها : حيث منع الحاكم من قبول الهدية ، فالعقد لاخلل فيه ولكن تسلم المال إليه ممنوع منه شرعا ، فهل يصح ويمنع ؟ فيه وجهان. والأصح : البطلان ؛

مايجبر فيه المالك
على بيع ملكه

فيه فروع :
منها : الكافر يجبر على بيع عبده المسلم ؛
ومنها : المديون ، يجبر على بيع ماله لوفاء دينه .
ومنها : مالك الرقيق ، أو البهيمة إذا لم ينفق عليه ولامال له غيره ، يجبر على بيعه؛
ومنها : أفتى ابن الصلاح فى مغنية اشترت جارية وحملتها على الفساد ، أنها تباع عليها قهرا إذا تعين ذلك طريقا إلى خلاصها من الفساد .
وقد كنت أفتيت بذلك قبل أن أقف عليه ، تخريجا من مسألة عبد الكافر ، ثم رأيته فى فتاوى ابن الصلاح ؛
ونظر بما أفتى به القاضى الحسين : فيمن كلف عبده مالايطيقه أنه يباع عليه تخليصا من الذل ؛

باب بيع وشرط
الشروط فى البيع أربعة أقسام

الأول : يبطل البيع والشروط ، كالشروط المنافية لمقتضى العقد ، كأن لايسلمه ، أو لاينتفع به ؛
الثانى : يصح البيع دون الشرط ، كشرط مالا ينافيه ، ولا يقتضيه ولا غرض فيه ، وبيع غير الحيوان بشرط براءته من العيوب .
الثالث : يصح البيع والشرط ، كشرط خيار وأجل ورهن ، وكفيل وإشهاد وعتق ووصف مقصود ، والبراءة من العيوب فى الحيوان .
الرابع : شرط ذكره شرط ، كبيع الثمار المنتفع بها قبل الصلاح ، يشترط فى صحة البيع شرط القطع ، ولو بيعت من مالك الأصل ، لكن لايجب الوفاء به فى هذه الصورة.
وليس لنا شرط يجب ذكره لتصحيح العقد ، ولا يجب الوفاء به غيره ؛

باب تفريق الصفقة

قاعدة

الصفقة فى أبواب البيع : تتعدد بتفصيل الثمن ، وبتعددالبائع قطعا ، وبتعدد المشترى على الأصح إلا فى العرايا ، فانها تتعدد بتعدد المشترى قطعا ، والبائع على الأصح .

باب الخيار

يثبت خيار المجلس : فى أنواع البيع ، كالصرف والطعام بالطعام ، والسلم والتولية ، والتشريك ، وصلح المعاوضة .

ولا يثبت فى الشركة ، والقراض والوكالة والوديعة ، والعارية ، والضمان والكتابة ، والرهن والإبراء والإقالة ، والحوالة وصلح الحطيطة وصلح المنفعة ودم العمد والشفعة ، والوقف ، والعتق والقسمة ، إلا إن كان فيها رد ، والنكاح والصداق ، وعوض الخلع ، والمساقاة والمسابقة ، وإجارة العين ، والذمة والهبة ولو بشرط ثواب على ماصححه فى الروضة والمنهاج ، تبعا لأصلهما فى باب الخيار .

قال الأسنوى: لكن المصحح فى باب الهبة ، ثبوتها فى ذات الثواب .

وحمل السبكي والبلقينى ما فى باب الخيار : على ما إذا أطلقا ، أو شرط ثواب مجهول وقلنا به ، وهما ضعيفان .

قلت : ليس الأمر كما قالوه ، ولم يصرح فى باب الهبة بتصحيح ثبوتها ، بل بناه على كونه بيعا ، ولا يلزم من البناء التصحيح .

ضابط

ماثبت فيه خيار المجلس ، يثبت فيه خيار الشرط إلا ماشرط فيه القبض وهو الربوى والسلم وما يسرع إليه الفساد ، ومن يعتق على المشترى ، كما فى الحاوى الصغير وجزم به الأسنوى والبلقينى فى التدريب ، ومالا فلا .

ضابط

لا يتبعض خيار المجلس ابتداء ، فيقع لواحد دون آخر إلا فى صور :

الأولى : إذا اشترى من اعترف بحريته .

الثانية : إذا اشترى من يعتق عليه ، وقلنا : الملك فى زمن الخيار للمشترى تخير البائع دونه ، وهو ضعيف .

الثالثة : فى الشفعة إذا أثبتنا الخيار للشفيع ، وهو ضعيف أيضا .

قاعدة

إذا اجتمع الفسخ والإجازة ، بطلت الإجازة إلا فى صورتين :

الأولى : إذا اشترى عبدا بجارية وأعتقها ؛ فالإجازة مقدمة فى الأصح ؛

الثانية : إذا فسخ أحد الوارثين وأجاز الآخر أجيب

قاعدة

كل عيب يوجب الرد على البائع ، يمنع الرد إذا حدث عند المشترى ، إلا ما كان لاستعلام العيب القديم ، وكل عيب لايوجبه لايمنع الرد ، إلا إذا اشترى عبدا له إصبع زائدة فقطعه واندمل ، فانه يمنع الرد ولو وجد ذلك فى يد البائع ، لم يرد به المشترى،

ضابط

العيب المثبت للخيار : مانقص العين أو القيمة ، نقصا يفوت به غرض صحيح ، والغالب فى جنس المبيع : عدمه ، كالخصاء سواء كان فى الرقيق ، كما فى كلام الشيخين ، أم فى البهائم ، كما صرح به الجرجانى وغيره ، والزنا والسرقة والإباق والبخر الناشىء من المعدة ، والصنان المستحكم ؛ وكون الأرض منزل الجند أو ثقيلة الخراج فوق العادة ، أو بقربها خنازير تفسد الزرع ، أو قصارون يزعزعون الأبنية ، أولها خراج حيث لاخراج لمثلها ، والبول فى الفراش فى غير أوانه ، والمرض والبله والبرص والجذام والبهق ، وكونه أصم ، أو أقرع أو أعور ؛ أو أخفش ، أو أجهر ، أو أعشى ، أو أخشم أو أبكم أو أرت لايفهم ، أو فاقد الذوق أو أنملة ، أو ظفر أو شعر أو أبيضه فى غير أوانه أو ذا إصبع أو سن زائدة ، أو مقلوعة ، أو ذا قروح ، أو ثآليل كثيرة ؛ واصطكاك الكعبين ، وانقلاب القدمين ، وآثار القروح والكى والشجاج ، وسواد السن وحفرها وكونه نماما أو ساحرا أو قاذفا أو مقامرا ، أو تاركا للصلاة أو شاربا للخمر ، أو ممكنا من نفسه ، أو خنثى ولو واضحا ، أو مخنثا أو رتقاء أو قرناء ، أو أحد ثدييها أكبر أو معتدة أو مزوجة أو مزوجا ، أو برقبته دين لاذمته ، أو مرتدا أو كتابيا أو لاتحيض وهى فى سنه أو جاوز طهرها العادات الغالبة ، وقلة الأكل فى الدابة ، لاالرقيق ، والحمل فى الآدمية لاالبهائم ، وجماح الدابة وعضها ورفسها وخشونة مشيها ، بحيث يخاف السقوط ، وشربها لبنها ، وتشميس الماء ، ونجاسة المبيع ونز الأرض حيث ضر ، والرمل تحت أرض البناء والحجر تحت أرض الزرع ، وحموضة البطيخ لاالرمان ؛

هذا مافى الروضة وأصلها .

ويزاد عليها : الوشم ، واختلاف الأضلاع والأسنان ، وركوب بعضها على بعض ، والحول ، وعدم نبات العانة ، والغنة فى الصوت والعسر إلا إن عمل باليمنى أيضا .

ذكر ذلك شريح والهروى وغيرهما ؛

والصخن ، وهو : تغير رائحة الفرج وظهور قبالة بالوقف ، ولا بينة ؛ ذكرها الرويانى ؛

وكونها ممكنة من دبرها : ذكره البلقينى ؛

والكذب : نقله فى الكفاية .

وجناية شبه العمد : فيما بحثه فى المطلب ؛

والعمد إذا تاب ، فيما صححه السبكى ، وفيه وجهان ، فى الروضة ، والشرح بلا ترجيح ؛

وفيهما : أن جناية الخطأ غير عيب ، مالم تكثر ؛

وليس من العيوب : كونه رطب الكلام ، أو غليظ الصوت ، أو سيء الأدب ، أو ولد زنا ، أو عنينا ، أو مغنيا ، أو حجاما ، أو أكولا ، أو ثيبا ، أو عقيما ، أو غير مختون ، أو يعتق عليه ، أو أخته من رضاع ، أو نسب ، أو موطوءة أبيه ، أو البائع وكيل ، أو ولى ، أو قطع من فخذه أوساقه فلذة يسيرة ، إلا فى حيوان التضحية حيث منعها ؛

باب الإقالة

تجوز : فى البيع ، والسلم ، والحوالة ، فيما صححه البلقينى ؛ تبعا للخوارزمى ؛

وقد مرت فى الفسوخ والصداق ، فيما ذكره القاضى حسين فى فتاويه ، بناء على ضمان العقد .

باب

يصح قبل قبض المبيع : إعتاقه ، واستيلاده ، ووقفه ، وقسمته ، وإباحته الطعام للفقراء ، والإقالة فيه ، وتزويجه . لابيعه ، وكتابته ، ورهنه ، وهبته ، وإقراضه ، والتصدق به ، وإجارته وجعله أجرة ، أو عوض صلح ، والتولية ؛ والاشراك فيه .

باب التولية والإشراك

قاعدة

لايشترط العلم بالثمن قبل العقد ، إلا فى التولية ، والاشراك ؛ ولا كون الثمن مثليا ، إلا فيها وفى الربويات ، وثمن الشفعة ، حيث كان الأول مثليا .

ضابط

ليس لنا عقد بيع يسقط فيه جميع الثمن بابراء غير المشترى بعد اللزوم ، إلا فى التولية إذا حط عن الأول ؛

باب السلم

ضابط

لايجوز السلم فيما دخلته النار : إلا الدبس ، والعسل المصفى بها ، والسكر ، والفانيذ واللبا ، والجص ، والآجر على ماصححه فى التصحيح ، وماء الورد على مارجحه فى المهمات :

باب القرض

قاعدة

ماجاز السلم فيه ؛ جاز قرضه ، ومالا فلا :

ويستثنى من الأول :

الجارية التى تحل للمقترض ، كما ذكره الشيخان : والدراهم المغشوشة ، كما ذكره الرويانى فى البحر :

ويستثنى من الثانى :

الخبز ، كما صححه فى الشرح الصغير ، وشقص الدار ، كما نقله فى المطلب عن الأصحاب ، ومنافع الأعيان ، فيما ذكرها المتولى .

والمجزوم به فى الروضة عن القاضى حسين : منع قرضها لمنع السلم فيها ؛

أما منافع الذمة : فالمصرح به فى الشرح والروضة : جواز السلم فيها ، فيجوز قرضها .

باب الرهن

قاعدة

ماجاز بيعه جاز رهنه ، ومالا فلا :

ويستثنى من الأول :

المنافع : يجوز بيعها بالاجارة ، دون رهنها ؛ لعدم تصور قبضها فيها ؛

والدين : يباع ممن هو عليه ، ولا يرهن عنده :

والمدبر : يجوز بيعه لارهنه : وكذا المعلق عتقه بصفة يمكن سبقها حلول الدين ؛

والمرهون : يصح بيعه من المرتهن ، ولا يصح رهنه عنده بدين آخر على الجديد ؛

ويستثنى من الثانى :

رهن المصحف ، والعبد المسلم من الكافر ، والسلاح من الحربى ، والأم دون ولدها وعكسه ، والمبيع قبل القبض ؛

قاعدة

قال فى الرونق ، واللباب : والرهن غير مضمون ، إلا فى ثمان مسائل :

المرهون : إذا تحول غصبا ؛

والمغصوب : إذا تحول رهنا .

والعارية : إذا تحولت رهنا ؛

والمرهون : إذا تحول عارية ؛

والمقبوض على السوم : إذا تحول رهنا ؛

والمقبوض بالبيع الفاسد : إذا تحول رهنا ؛

والمبيع المقابل فيه : إذا رهنه منه قبل القبض.

والمخالع عليه : إذا رهنه منها قبل القبض ؛

باب الحجر

أنواعه

ذكر منها فى الروضة ثمانية :

حجر الصبى ، والمجنون ، والسفيه ، والراهن للمرتهن ، والمريض للورثة ، والمفلس لحق الغرماء ، والعبد لسيده ، والمرتد للمسلمين .

وزاد فى الكفاية : الحجر على السيد فى المكاتب ؛ وفى الجانى ؛ وعلى الورثة فى التركة .

وزاد فى المطلب : الحجر الغريب على المشترى فى جميع ماله حتى يوفى الثمن ، وعلى الأب إذا عقه ابنه بجارية ، حتى لا يبيعها ؛ قاله القاضى حسين ، والمتولى ؛

وزاد السبكى : الحجر على الممتنع من وفاء دينه ، وماله زائد ، إذا التمسه الغرماء فى الأصح .

وزاد الأسنوى : إذا رد بعيب ، فله حبس السلعة ، ويحجر على البائع فى بيعها ، حتى يؤدى الثمن ، قاله المتولى ؛

وعلى من غنم مال حربى مديون قد استرق حتى يوفى ؛

وعلى المشترى فى البيع قبل القبض ، قاله الجرجانى ؛

وعلى العبد المأذون للغرماء ؛

وعلى السيد فى نفقة المزوجة ، حتى يعطيها بدلها ؛

وعلى مالك دار قد استحقت العدة فيها بالحمل أو الأقراء .

وعلى من اشترى عبدا بشرط العتق ، وفى المستولدة ؛

وفيما إذا أعتق شريكه الموسر نصيبه . إذا قلنا : لا يسرى إلا بدفع القيمة ؛
وفيما استؤجر على العمل فيه ، حتى يفرغ ويعطى أجرته .
وفيما إذا قال شريكان لعبد بينهما : إذا متنا فأنت حر ؛ فمات أحدهما ، فليس لوارثه التصرف فيه بالبيع ونحوه ونصيب الآخر مدبر ، حتى يموت ، فيعتق كله ؛
وفيما إذا نعل المشترى الدابة ، ثم اطلع على عيبها ، وقلعه يعيبها ؛ فردها ، وترك له النعل : أجبر على قبوله ؛ وهو إعراض عنه فى الأصح ، فيكون للمشترى لو سقط ، ويمتنع عليه بيعه ؛ كدار المعتدة ؛
وفيما إذا أعار أرضا للدفن ، فيمتنع بيعها قبل بلى الميت ؛
وفيما إذا خلط المغصوب بما لا يتميز : فعليه بدله ، ويحجر عليه فيه إلى رد البدل ؛
وفيما إذا أوصى بعين تخرج من الثلث وباقى ماله غائب ، فيحجر على الموصى له فى الثلثين لاحتمال التلف ، وفى الثلث على الأصح ؛ لعدم تمكن الوارث من الثلثين ؛
وفيما إذا أقام شاهدين على ملك ، ولم يعدلا : فيمتنع على صاحب اليد البيع ونحوه ، بعد حيلولة الحاكم ، وقبلها على أحد الوجهين ؛
وفيما إذا اشترى عبدا بثوب ، وشرط الخيار لمالك العبد، فالملك له فيه ؛ ويبقى الثوب على ملك الآخر لئلا يجتمعا فى سلك واحد ؛ ولا يجوز لمالكه التصرف فيه ؛
وفيما إذا أحبل الراهن المرهونة، وهو معسر : فلا ينفذ الاستيلاد، ومع ذلك لا يجوز بيعها فى الأصح ، لأنها حامل بحر ، ولا بعد الولادة حتى تسقيه اللباء ، ويجد مرضعة : خوفا من سفر المشترى بها فيهلك الولد ؛
وفيما إذا أعطى الغاصب القيمة للحيلولة ثم ظهر المغصوب ؛ فله حبسه إلى استرداد القيمة . ويلزم من حبسه : امتناع تصرف مالكه فيه بطريق الأولى ؛
وفى بدل العين الموصى بمنفعتها إذا تلفت فيمتنع على الوارث التصرف فيه ؛ لأنه يستحق عليه أن يشترى به مايقوم مقامه ؛
وفيما إذا أعطى لعبده قوته، ثم أراد عند الأكل إبداله، لم يكن له ذلك ؛ قاله الرويانى وقيده الماوردى بما إذا تضمن الابدال تأخير الأكل ؛
وفيما إذا نذر إعتاق عبده ، فليس له التصرف فيه ، وإن لم يخرج عن ملكه .
وفيما إذا دخل وقت الصلاة وعنده مايتطهر به : لم يصح بيعه ، ولا هبته .
وفيما إذا وجبت عليه كفارة على الفور ، وفى ملكه : مايكفر به ، فقياس ماسبق : امتناع تصرفه فيه .
وفيما إذا كان عليه دين لا يرجو وفاءه ، أو وجبت عليه كفارة لايحل له التصدق بما معه ، ولا هبته ، ولكن لو فعل ، ففى صحته نظر .

هذا آخر ماذكره فى المهمات ؛

قال الشيخ ولى الدين فى النكت : وبقيت مسائل أخرى :

منها : الحجر على المالك قبل إخراج الزكاة ، وعلى الوارث فى العين الموصى بها قبل القبول .

وعلى السيد فيما بيد العبد المأذون : إذا ركبه ديون ؛

وإذا اشترى شراء فاسدا ، وقبض الثمن ، فله الحبس إلى استردُاده على رأى ، ويلزم منه امتناع التصرف ؛

وحجر القاضى على من ادعى عليه بدين فى جميع ماله إذا اتهم بحيلة ؛ وقد أقام المدعى شاهدين ، ولم يزكيا على رأى ؛

والحجر على النائم . قاله القاضى حسين ؛

وعلى المشترى : إذا خرس فى مجلس البيع ، فان الحاكم ينوب عنه فيما قاله الرافعى .

وعلى الواقف فى الموقوف ، إن قلنا إنه ملكه ؛

ضابط

قال المحاملى فى المجموع : الحجر أربعة أقسام ؛

الأول : يثبت بلا حاكم ، وينفك بدونه ، وهو : حجر المجنون ، والمغمى عليه ؛

الثانى : لايثبت إلا بحاكم ، ولا يرتفع إلا به ، وهو : حجر السفيه ؛

الثالث : لايثبت إلا بحاكم ، وفى انفكاكه بدونه وجهان ، وهو: حجر المفلس ؛

الرابع : مايثبت بدونه ، وفى انفكاكه ، وجهان ، وهو : حجر الصبى إذا بلغ رشيدا ؛

باب الصلح

هو أقسام

أحدها : أن يكون بيعا ، بأن يصالح من العين المدعاة على عين أخرى ؛

ثانيها : أن يكون إجارة . بأن يصالح منها على سكنى داره ، أو شىء من منافعها سنة ؛

ثالثها : أن يكون عارية ، بأن يصالح منها على سكناها ؛ فان عين مدة : كانت عارية مؤقتة ، وإلا فمطلقة ؛

رابعها : أن يكون هبة ، بأن يصالح من العين على بعضها ؛

خامسها : أن يكون إبراء ، بأن يصالح من الدين على بعضه ؛

ذكر هذه الخمسة الرافعى ؛

سادسها : أن يكون فسخا بأن يصالح من المسلم فيه على رأس المال قبل القبض ، قاله ابن جرير الطبرى ؛

قال فى المهمات : وهو صحيح ماش على القواعد ، كما قال الأصحاب : إن بيع المبيع قبل القبض للبائع بمثل الثمن الأول إقالة بلفظ البيع ؛

سابعها : أن يكون سلما بأن يجعل العين المدعاة رأس مال سلم ، نقله الأسنوى عن ابن جرير ؛

ثامنها : أن يكون جعالة ، كقوله : صالحتك من كذا على رد عبدى ؛

تاسعها : أن يكون خلعا ؛ كقولها : صالحتك من كذا على أن تطلقنى طلقة ؛

عاشرها : أن يكون معاوضة عن دم العمد ، كقوله : صالحتك من كذا على ما أستحقه عليك من قصاص بنفس ، أو طرف ؛

حادى عشرها : أن يكون فداء ، كقوله للحربى : صالحتك من كذا ، على إطلاق هذا الأسير ؛

ذكر هذه الأربعة فى المهمات ؛ وقال : أهملها الأصحاب ، وهى واردة عليهم جزما .

باب الحوالة

فى حقيقتها عشرة أوجه

أصحها : بيع دين بدين ، جوز للحاجة ؛

وقيل : عين بعين ؛

وقيل : عين بدين ؛

وقيل : ليست بيعا ، بل استيفاء وقرض ؛

وقيل : لا يمحض واحدا ، وإنما الخلاف فى المغلب ، فان غلب البيع ؛ جرت الأوجه السابقة .

فهذه تسعة ؛

والعاشر : ضمان بإبراء ؛

باب الضمان

قاعدة

ما صح الرهن به : صح ضمانه ، وما لا فلا :

ويستثنى من الثانى :

ضمان العهدة ، ورد الأعيان المضمونة : يصح ضمانها ، إلا الرهن بها :

ضابط

ليس لنا ضمان دين بعقد في عين معينة لايتعدى إلى غيرها ، إلا فيما إذا أعاره شيئاً ليرهنه .

قاعدة

من ضمن بالاذن رجع ، وإن أدى بلا إذن : ومن لافلا ، وإن أدى باذن ؛ ويستثنى من الأول صور :

إحداها : أن يكون الضمان بالاذن قد ثبت بالبينة ، وهو منكر ، كما إذا ادعى على زيد وعلى غائب ألفا ، وأن كلا منهما ضمن ماعلى الآخر ، فأنكر زيد ، فأقام المدعي بينة بذلك ، وأخذ من زيد ، فلا رجوع لزيد على الغائب في الأصح ، لأنه مظلوم بزعمه فلا يطالب غير ظالمه .

باب الابراء

قاعدة

لايصح الإبراء من المجهول ، إلا في صورتين :
إبل الدية . وما إذا ذكر غاية يتحقق أن حقه دونها ؛

قاعدة

يصح الإبراء عما لم يجب ، ولو جرى سبب وجوبه في الأظهر ، إلا في صورة :
وهي : مالو حفر بئراً في ملك غيره بلا إذن ، وأبرأه المالك ، ورضي ببقائها ، فانه يبرأ مما يقع فيها .
قاله صاحب التتمات في فتاويه ؛

باب الشركة

ضابط

إذا انفرد أحد الشريكين بقبض شيء ، فهل يشاركه فيه الآخر ؟ هو أقسام :
الأول : مايشاركه فيه قطعا ، كريع الوقف على جماعة ، لأنه مشاع ؛
الثاني : لا ، قطعا ، كما لو ادعى على ورثة أن مورثكم أوصى لي ولزيد بكذا ، وأقام شاهدا وحلف معه فأخذ نصيبه : لايشاركه فيه الآخر ، قطع به الرافعي ؛
الثالث : مايشاركه فيه على الأصح ، كما لو قبض أحد الورثة من الدين قدر حصته فللآخر مشاركته في الأصح : أو أحد الشريكين بإذن صاحبه من دين في الذمة على أن يختص به ، فالأصح : لايختص ؛

الرابع : لا ، على الأصح ، كما لو ادعى الورثة دينا لمورثهم وأقاموا شاهدا وحلف بعضهم فان الحالف يأخذ نصيبه ، ولا يشاركه فيه غيره على الصحيح المنصوص ، لأن اليمين لايجرى فيها النيابة .

باب الوكالة

قاعدة

من صحت منه مباشرة الشيء : صح توكيله فيه غيره ، وتوكله فيه عن غيره ، ومن لا ، فلا .

ويستثنى من الأول :

العبادات البدنية ، إلا الحج ، والصوم عن الميت ، والمعضوب ، والأيمان ، والنذر واللعان ، والإيلاء ، والقسامة ، والشهادات تحملا وأداء ، وتعليق الطلاق ، والعتق ، والتدبير ، والظهار ، والإقرار ، وتعيين المطلقة ، والمعتق ، والاختيار ، والظافر له الأخذ ، وكسر الباب دون التوكيل فيه والوكيل ، والعبد المأذون ، يقدران على التصرف ولا يوكلان إذا لم يؤذن لهما ، والولى إذا نهته عن التوكيل

والسفيه المأذون له فى النكاح : ليس له التوكيل فيه ، حكاه الرافعى عن ابن كج . لأن حجره لم يرتفع إلا عن مباشرته . قال فى الكفاية : والعبد كذلك .

والمرأة : لايجوز أن تتوكل إلا باذن زوجها .

قاله الماوردى والرويانى ، لأنه أمر يحوج إلى الخروج .

ويستثنى من الثانى مسائل .

منها : الأعمى يوكل فى العقود وإن لم يقدر عليها .

ومنها : المحرم يوكل فى النكاح من يعقد له بعد التحلل .

ومنها : المعلق الطلاق فى الدورية ، لايقدر على إيقاعه بنفسه ويقع من وكيله .

ومنها : الإمام الأعظم إذا كان فاسقا ، لايزوج الأيامى ولايقضى ولا يشهد ولكنه ينصب القضاة حتى يزوجوا ، حكاه المتولى عن القاضى حسين ، وعلله أنا إنما لم نعزله بالفسق لخوف الفتنة ، وليس فى منعه من القضاء والتزويج إثارة فتنة وصححه السبكى .

ومنها : المرأة يوكلها الولى لتوكل رجلا عنه فى تزويج ابنته ، فانه يصح على النص .

ومنها : من له قصاص طرف وحد قذف يوكل فيه ولا يباشره بنفسه خوف الحيف .

ومنها : المرأة توكل فى الطلاق فى الأصح ولاتباشره بنفسها .

ومنها : توكيل الكافر فى شراء المسلم : يصح فى الأصح مع امتناع شرائه لنفسه .

ومنها : توكيله فى طلاق المسلمة ، يصح فى الأصح .

ومنها : توكيل معسر موسرا فى نكاح أمة ، يجوز كما فى فتاوى البغوى ؛

ومنها : توكيل شخص فى قبول نكاح أخته ونحوها ؛

باب الاقرار

ضابط

قال فى الرونق : الإقرار أربعة أقسام ؛

أحدها : لايقبل بحال ، وهو إقرار المجنون ؛

الثانى : لايقبل فى حال ويقبل فى ثانى حال ، وهو إقرار المفلس ؛

الثالث : لايصح فى شىء ويصح فى غيره ، وهو إقرار الصبى فى الوصية والتدبير والعبد والسفيه فى الحدود ، والقصاص والطلاق .

الرابع : الصحيح مطلقا ، وهو ماعدا ذلك ؛

قاعدة

من ملك الإنشاء ملك الإقرار ، ومن لا فلا ؛

ويستثنى من الأول :

الوكيل فى البيع وقبض الثمن إذا أقر بذلك وكذبه الموكل ، لايقبل قول الوكيل مع قدرته على الانشاء ، وولى السفيه يملك تزويجه ، لا الاقرار به ؛

والراهن الموسر : يملك إنشاء العتق ، لا الاقرار به ؛

ومن الثانى : المرأة يقبل إقرارها بالنكاح ولاتقدر على إنشائه ؛

والمريض : يقبل إقراره بهبة وإقباض للوارث فى الصحة ، فيما اختاره الرافعى ؛

والانسان يقبل إقراره بالرق ، ولايقدر على أن يرق نفسه بالانشاء ، ذكره الامام .

والقاضى إذا عزل ، فأقر أمين أنه تسلم منه المال الذى فى يده ، وأنه لفلان ، فقال القاضى : بل هو لفلان ، قبل من القاضى ولم يقبل من الأمين ؛

والأعمى : يقر بالبيع ولاينشيه ، والمفلس كذلك ؛

ولو رد المبيع بعيب ، ثم قال : كنت أعتقته قبل ورود الفسخ ، ولا يملك إنشاءه حينئذ ؛

ولو باع الحاكم عبدا فى وفاء دين غائب فحضر ، وقال : كنت أعتقته قبل ، مع أنه لا يملك إنشاءه حينئذ ؛

قاعدة

قال ابن خيران فى اللطيف : إقرار الانسان على نفسه مقبول ، وعلى غيره غير مقبول إلا فى صورة :

وهى : ماإذا أقر جميع الورثة بوارث ، ثبت نسبه ولحق بمن أقروا عليه .
قال : قد يضم إليها صورة ثانية .
وهى : ماذكره البغوى ، أن إقرار الامام بمال بيت المال نافذ بخلاف إقرار الوصى والقيم على محجوره .
وقال ابن خيران : وكل من أقر بشىء ليضر به غيره ، لم يقبل إلا فى صورة ؛
وهى : أن يقر العبد بقطع أو قتل أو سرقة ، فيقبل وإن ضر سيده بإقامة الحدعليه؛
وكل من أقر بشىء ، ثم رجع ، لم يقبل إلا فى حدود الله تعالى .
قال : يضم إلى ذلك ماإذا أقر الأب بعين للإبن ، فانه يقبل رجوعه ، كما صححه النووى فى فتاويه ، وليس فى الروضة تصحيح ؛

قاعـــدة

قال فى التلخيص : كل من له على رجل مال فى ذمته ، فأقر به لغيره ، قبل ، إلا فى ثلاث صور :
إذا أقرت المرأة بالصداق الذى فى ذمة زوجها ؛
وإذا أقر الزوج بما خالع عليه فى ذمة امرأته ؛
وإذا أقر بما وجب له من أرش جناية فى بدنه ، قاله الرويانى فى الفروق ؛
هذا إذا منعنا بيع الدين فى الذمة ، وأوجبنا رضى المحال عليه فى الحوالة ، وإلا فيصح الإقرار بما ذكر .
وحمل الرافعى ماذكره صاحب التلخيص : على ماإذا أقر بها عقيب ثبوتها ، بحيث لايحتمل جريان ناقل ؛
قال : لكن سائر الديون أيضا كذلك ، فلا ينتظم الاستثناء ؛

قاعدة

الإقرار : لايقوم مقام الإنشاء ، لأنه خبر محض يدخله الصدق والكذب ؛
نعم : يؤاخذ ظاهرا بما أقر به ، ولايقبل منه دعوى الكذب فى ذلك ؛

ومن فروعه

إذا أقر بالطلاق ، نفذ ظاهرا لاباطنا ؛
وحكى وجه : أنه إذا أقر بالطلاق ، صار إنشاء حتى يحرم عليه باطنا ؛
ومنها : اختلفا فى الرجعة ، والعدة باقية فادعاها الزوج فالقول قوله ؛
ثم أطلق عليه جماعة ـ منهم البغوى ـ أنه قام مقام الإنشاء ؛

ومنها : لو قال تزوجت هذه الأمة ، وأنا أجد طول حرة ، ففى نصه : أنها تبين بطلقة ، فلو تزوجت بعد ، عادت بطلقتين ؛

وقال العراقيون : هى فرقة فسخ لاتنقص العدد ، ومال إليه الإمام والغزالى ؛

وفى فتاوى القفال : لو ادعت عليه أنه نكحها وأنكر ، فمن الأصحاب من قال : لاتحل لغيره وهو الظاهر ولايجعل إنكاره طلاقا بخلاف مالو قال نكحتها وأنا أجد طول حرة ، لأنه هناك أقر بالنكاح وادعى مايمنع صحته ، وهنا لم يقر أصلا .

وقيل : بل يتلطف الحاكم به ، حتى يقول : إن كنت نكحتها ، فقد طلقتها . نقله الرافعى ؛

ومنها : لو قال ، طلقتك ثلاثا بألف ، فقالت : بل سألتك ذلك وطلقتنى واحدة . فلك ثلث الألف ؛

قال الشافعى : إن لم يطل الفصل طلقت ثلاثا ، وإن طال ولم يمكن جعله جوابا طلقت ثلاثا بإقراره ؛

ومنها : لو أقر الزوج بمفسد : من إحرام أو عدة أو ردة وأنكرت ، لم يقبل قوله عليها فى المهر ، ويفرق بينهما بقوله ؛

قال أصحاب القفال : وهو طلقة حتى لو نكحها ، عادت إليه بطلقتين ؛

قاعدة

من أنكر حقا لغيره ثم أقر به ؛ قبل إلا فى صور :

منها : إذا ادعى عليها زوجية ، فقالت : زوجنى الولى بغير إذنى ، ثم صدقته ،

قال الشافعى : لايقبل ؛

وأخذ به أكثر العراقيين وقال غيرهم : يقبل ، وصححه الغزالى ؛

ومنها : لوقالت انقضت عدتى قبل أن تراجعنى ثم صدقته ، ففى قبوله قولان ؛

قاعدة

كل من أخبر عن فعل نفسه قبلناه ، لأنه لايعلم إلا من جهته إلا حيث تتعلق به شهادة كشهادة المرضعة ، ورؤية الهلال ونحوه ،

أو دعوى : كولادة الولد المجهول ، واستلحاقه من المرأة ، وسيأتى لهذا تتمة فى باب الشهادة ؛

قاعـدة

كل مايثبت فى الذمة : لايصح الاقرار به ؛

ومن فروعه

مافى فتاوى النووى: لو أقر بأن فى ذمته لزيد شربات نحامن ، لم يصح لأن الشربات لايتصور ثبوتها فى الذمة لاسلما ، لعدم صحة السلم فيها ولابدل متلف ، لأنها غير مثلية:

باب العارية

قاعدة

لاتجب لاعارة ، إلا حيث تعينت لدفع مفسدة ، كدفن ميت حيث تعذر الاستئجار جزما ، وفى وضع الجذوع على القديم ، وفى كتاب كتب عليه سماع آخر بإذن صاحبه على رأى الزبيرى ، وصححه ابن الصلاح والنووى فى كتابيهما فى علوم الحديث والبلقينى فى محاسن الاصطلاح :

قاعدة

العارية : لاتلزم إلا فى صور :

إحداها : أن يعير لدفن ويدفن ، فلا ترجع حتى يندرس :

الثانية : إذا كفنه أجنبى ، فانه باق على ملكه ، كما صححه النووى وهو عارية لازمة كما قاله الغزالى :

الثالثة : قال أعيروا دارى بعد موتى لزيد شهرا ، ليس للوارث الرجوع ، قاله الرافعى

الرابعة : أعاره سفينة ، فوضع فيها مالا ، لم يكن له الرجوع مادامت فى البحر :

الخامسة : أعاره لوضع الجذوع ، لم يرجع على رأى ، والأصح أن له الرجوع بمعنى أنه يتخير بين التبقية بأجره والقلع مع ضمان النقص :

قاعـــــدة

العارية مضمونة فى يد المستعير ؛ إلا فى ثلاث صور :

إذا أحرم وفى يده صيد ، وقلنا بزوال ملكه عنه فأعاره ؛ لم يضمنه مستعيره ذكرها الرويانى فى الفروق :

وإذا استعار شيئا ليرهنه بدين ، فتلف فى يد المرتهن فلا ضمان :

وإذا استعار من المستأجر أو الموصى له بالمنفعة ، فلا ضمان على الأصح لأن المستأجر لايضمن ، وهو نائب عنه .

ضابط

ليس لنا عارية عين لعين ، إلا فى إعارة الفحل للضراب قطعا ، والشاة لأخذ لبنها ، والشجرة لأخذ ثمرتها ، عند القاضى أبى الطيب ومن تبعه ؛

باب الوديعة

ضابط

العوارض المقتضية لضمانها عشرة : قال الدميرى فى منظومته :

عوارض التضمين عشر : ودعها   وسفر : ونقلها : وجحدها
وترك إيصاء . ودفع مهلك   ومنع ردها . وتضييع حكى
والانتفاع : وكذا المخالفه   فى حفظها إن لم يزد من خالفه

قاعدة

كل من ضمن الوديعة بالاتلاف ، ضمنها بالتفريط إلا الصبى المميز ، فانه يضمنها بالاتلاف على الأظهر ولا يضمنها بالتفريط قطعا ، لأن المفرط هو الذى أودعه :

باب الغصب

قاعدة

كل ماجاز بيعه ، فعلى متلفه القيمة إلا فى صور :

العبد المرتد والمحارب وتارك الصلاة والزانى المحصن :

ويتصور الاحصان فى كافر زنى وهو محصن ، والتحق بدار الحرب فاسترق :

قال المرعشى : وكل ماوجبت فيه القيمة على متلفه ، جاز بيعه إلا فى صور :

أم الولد ، والحر والوقف والمسجد والهدى الواجب ، والضحايا والعقيقة ، وصيد الحرم وشجره ، وستور الكعبة :

قاعدة

قال فى التدريب : كل من غصب شيئا وجب رده ، إلا فى ست صور :

مسئلة الخيط ، واللوح والخلط حيث لاتمييز ، والخمر غير المحترمة ، والعصير إذا تخمر فى يده :

والسادسة : حربى غصب مال حربى :

قال : ولا يملك بالغصب إلا فى هذه الصورة ، إذ لا احترام هنا :

قاعدة

قال فى التدريب : مؤنة الرد واجبة على الغاصب بلا خلاف ، إلا فى صورة واحدة : وهى : الخمر المحترمة ، فالواجب فيها التخلية عند المحققين .

باب الاجارة

قاعدة

لايجوز أخذ الأجرة على الواجب ، إلا فى صور :

منها : الإرضاع ؛

ومنها : بذل الطعام للمضطر .

ومنها : تعليم القرآن ؛

ومنها : الرزق على القضاء وهو محتاج حيث تعين ؛

ومنها : الحرف حيث تعينت ؛

ومنها : من دعى إلى تحمل شهادة تعينت عليه بخلاف ماإذا جاءه المتحمل ، وبخلاف الأداء ، فانه فرض توجه عليه ، وهو أيضا كلام يسير لاأجرة لمثله : نعم له أخذ الأجرة على الركوب ؛

ويجوز أخذها على فروض الكفاية ، إلا الجهاد وصلاة الجنازة ؛

ضابط

قال البلقينى : لايقابل شيء ما يتعلق ببدن الحر بالعوض اختيارا إلا فى ثلاث صور منفعته وابن المرأة وبضعها ؛

باب الهبة

قاعدة

ماجاز بيعه ، جاز هبته ، ومالا فلا ؛

ويستثنى من الأول ثلاث صور :

المنافع تباع بالإجارة ولا توهب ، وما فى الذمة يجوز بيعه سلما لاهبة ، كوهبتك ألف درهم فى ذمتى ثم يعينه فى المجلس ، صرح به القاضى حسين والإمام وغيرهما ، والمال الذى لايصح التبرع به ، ويجوز بيعه كمال المريض ؛

ويستثنى من الثانى صور :

منها مالا يصح بيعه لقلته ، كحبة حنطة ، ونحوها : قال النووى : يصح هبته بلا خلاف .

لكن وقع فى كلام الرافعى ، مالا يتمول ، كحبة حنطة ، وزبيبة ، لايباع ، ولا يوهب وأسقطه من الروضة ، لوقوعه فى ضمن بحث .

قال الشيخ ولى الدين : والحق الجواز ، وإليه مال السبكى ، فان الصدقة بثمرة تجوز وهى نوع من الهبة :

ومنها : لوجعل شاته أضحية : لم يجز بيع نمائها من الصوف واللبن ، وتصح هبته : قاله فى البحر :

ومنها : جلد الميتة قبل الدباغ ، تجوز هبته على الأصح فى الروضة فى باب الآنية ، لأنها أخف من البيع :

ومنها : لايصح بيع المتحجر ماتحجره فى الأصح ، لأن حق الملك لايباع ، ويجوز هبته : صرح به الدارمى :

وعبارة الروضة عن الأصحاب : لو نقله إلى غيره : صار الثانى أحق به :

ومنها : الدهن النجس ، يجوز هبته ، كما قاله فى الروضة تفقها ، وصرح به فى البحر :

ومنها : الكلب : يصح هبته ، نص عليه الشافعى :

ومنها : يصح هبة إحدى الضرتين نوبتها للأخرى ، قطعا ، ولا يصح بيع ذلك ولا مقابلته بعوض :

ومنها : الطعام إذا غنم فى دار الحرب : تصح هبة المسلمين له بعضهم من بعض ليأكلوه فى دار الحرب : لاتبايعهم إياه :

قاعدة

لاتصح هبة المجهول ، إلا فى صور :

منها : إذا لم يعلم الورثة مقدار مالكل منهم من الإرث ، كما لو خلف ولدين أحدهما خنثى : ذكره الرافعى فى الفرائض :

فقال : لو اصطلح اللذين وقف المال بينهم على تساو ، أو تفاوت : جاز :

قال الامام : ولا بد أن يجرى بينهما تواهب ، وإلا لبقى المال على صورة التوقف وهذا التواهب : لايكون إلا عن جهالة : لكنها تحتمل للضرورة :

ولو أخرج بعضهم نفسه من البين ووهبه لهم عن جهل : صحت الهبة ، وإن كان مجهول القدر والصفة ، للضرورة ، قاله الرافعى فى باب الصيد .

ومنها : اختلاط الثمار والحجارة المدفونة فى البيع ، والصبغ فى الغصب ، ونحوه على ماصرحوا به فى مواضعه :

كتاب الفرائض

ضابط

الناس أقسام:

قسم لا يرث ولا يورث ، وهو العبد والمرتد ؛

وقسم يورث ولا يرث ، وهو المبعض ؛

وقسم يرث ولا يورث ، وهو الأنبياء ؛

وقسم يورث ويرث ، وهو من ليس به مانع مما ذكر ؛

الأمور التي تقدم على مؤنة التجهيز خمسة عشر

الأول : الزكاة ؛

الثانى : حق الجناية ؛

الثالث : الرهن ؛

الرابع : المبيع إذا مات المشترى مفلسا ؛

الخامس : حصة العامل فى ربح القراض ؛

السادس : سكنى المعتدة عن الوفاة بالحمل ؛

السابع : نفقة الأمة المزوجة ؛

الثامن : كسب العبد بالنسبة إلى زوجته ؛

التاسع : القدر الذى يستحقه المكاتب من مال الكتابة ؛

العاشر : الغاصب إذا أعطى القيمة للحيلولة ثم قدر عليه ، رده ورجع بما أعطاه ، فان كان تالفا تعلق حقه بالمغصوب ، وقدم به ؛ نص عليه فى الأم ، وحكاه فى المطلب ؛

الحادى عشر : المال المقترض ؛

الثانى عشر : نصف الصداق المعين لمطلق قبل الوطء ؛

الثالث عشر : المنذور التصدق بعينه ؛

الرابع عشر : رد المشترى المبيع بعيب ، ومات البائع قبل قبض الثمن : قدم به المشترى ؛

الخامس عشر : الشفيع مقدم بالشقص إذا دفع ثمنه للورثة ؛ حكى استثناؤه عن الأستاذ أبى منصور ؛

ضابط

الوارث يقوم مقام المورث قطعا : فى الأعيان ، والحقوق ، وبيان الطلاق المبهم ، واليمين المتوجه عليه ؛

وعلى الأصح ، فى خيار المجلس ، واستيفاء المستأجر ، إذا مات فى أثناء الإجارة ؛

ولا يقوم مقامه قطعا فى تعيين الطلاق المبهم ؛

ولا على الأصح ، فى البناء على حول الزكاة والحج وأيمان القسامة ، والقبول فى البيع .

ضابط

الحقوق الموروثة أقسام

مايثبت لجميعهم على الاشتراك ، ولكل واحد منهم حصة ، سواء ترك شركاؤها حقوقهم أم لا ، وهو المال ؛

وما يثبت لهم على الاشتراك ، ولا يملك أحدهم على الانفراد شيئا منه ، وهو القصاص .

وما يثبت لكلهم ، ولكل واحد منهم استيفاؤه بتمامه ، وهو حد القذف ؛

وما يثبت لهم ، وإذا عفا بعضهم توفر على الباقين ، وهو حق الشفعة .

لطيفة

أم ورثت السدس ، وليس لولدها ولد ، ولا ولد ابن ، ولا عدد من الأخوة والأخوات وذلك فى مسئلة زوج وأبوين ؛

وورثت الربع كذلك فى زوجة وأبوين ؛

أخرى

لنا جدة ورثت مع أمها بالجدودة ؛

وصورتها : أن تكون أم ولد الميت ، وأمها أم أم أمه ، بأن يتزوج أبوه بنت خالته وأمها موجودة ، وتخلف ولدا ، فيموت الولد ، فتخلف أم أبيه ، وأمها التى هى أم أم أمه ، فيرثان السدس ؛

ذكرها القاضى أبو الطيب ، ولا نظير لها ؛

ضابط

يقع التوارث من الطرفين فى النسب ، إلا ابن الأخ ، يرث عمته ولا ترثه ، وكذلك

العم يرث ابنة أخيه ، وابن العم بنت عمه ، والجدة للأم ولد بنتها ، ولا عكس ، وفى الزوجة إلا المبتوتة فى القديم : ترثه ، ولا يرثها :

ولا يقع التوارث فى الولاء من الطرفين ، إلا فيما إذا ثبت لكل منهما الولاء على الآخر كأن أعتق الذمى عبدا ، ثم لحق بدار الحرب ، ثم أسلم العبد المعتق ، واسترق سيده بسبى أو شراء : فأعتقه .

وكأن تزوج عبد بمعتقة : فأولدها ذكرا ، فهو حر تبعا لأمه ، فكبر : واشترى عبدا ، فأعتقه ، فاشترى هذا العتيق أبا سيده ، وأعتقه : فقد جر عتقه للأب ولاء أبيه من موالى الأم إلى هذا المولى أعتق أباه ، فالولاء ثبت لكل منهما على الآخر ، للابن على المعتق ، بمباشرته عتقه ، وللمعتق على الابن بعتقه أباه :

وكأن اشترى أختان أمهما ، وعتقت عليهما : ثم اشترت أم البنتين أباهما ، وأعتقه . فللبنتين الولاء على أمهما بالمباشرة ، ولأمهما عليهما الولاء باعتاق أبيهما :

ضابط

لا يساوى الذكر الأنثى من الأخوة الأشقاء ، إلا فى المشتركة :

ضابط

الأخوة للأم خالفوا غيرهم فى أشياء :

يرثون مع من يدلون به ، وهى الأم يحجبونها من الثلث إلى السدس ، ويرث ذكرهم المنفرد ، كأنثاهم المنفردة ، ويستويان عند الاجتماع ؛ ويشاركهم الأشقاء فى المشتركة ؛ وذكرهم يدلى بمحض أنثى ، ويرث :

ضابط

كل جدة فهى وارثة ، إلا مدلية بذكر بين أنثيين .

ضابط

لا ينقلب إلى أحد التعصيب بعد أن يفرض له ، إلا الجد الأكدرية :

قاعدة

لا يجمع أحد بين فرضين أصلا ، ويجمع بين الفرض والتعصيب ، إلا فى بنت : هى أخت لأب ، فإنها ترث بالبنوة فقط ، فى الأصح :

فائدة

شخص والد مسلما ، وورث من كافر .

وصورته : أن يموت الذمى عن زوجة حامل ، فتسلم الأم قبل الوضع ، ذكره الرافعى؛

أخرى

قال الأسنوى : رجل نكح حرة نكاحا صحيحا ، ومع ذلك لاترثه إذا مات؛

وصورتها : ماذكره القفال فى فتاويه : أنه لو طلق رجعيا ، وادعى أن عدتها انقضت بولادة أو سقط ، قبل منه ، وجاز له نكاح أختها ، وأربع سواها ، فلو كذبته : لم يؤثر تكذيبها فى ذلك؛

نعم : يؤثر بالنسبة إلى حقها ، حتى إنه يجب الانفاق عليها ، ولو مات ورثته المطلقة خاصة؛

ضابط

أولاد الإخوة بمنزلة آبائهم ، إلا فى مسائل :

الأولى : ولد الإخوة للأم : لايرثون ، بخلاف آبائهم؛

[الثانية : يحجب الأخوان الأم من الثلث إلى السدس ، بخلاف أولادهما.

الثالثة : يشارك الأخوان الأشقاء الإخوة للأم فى المشتركة؛

ولا يشاركهم أولاد الإخوة الأشقاء.

الرابعة : الجد لايحجب الإخوة ، ويحجب أولادهم؛

الخامسة : الأخ يعصب أخته ، وابن الأخ لايعصب أخته ، لأنهم من الأرحام؛

السادسة : الأخ لأبوين ، يحجب الأخ للأب ، ولا يحجب ولده ، بل يحجب ولده بالأخ للأب؛

السابعة : أولاد الأخ إذا كانت عماتهم عصبات ، لايرثون شيئا ، وآباؤهم يرثون

باب الوصايا

ضابط

لايصح الوصية بكل المال إلا فى صور :

الأولى : له عبيد ، لامال له غيرهم ، وأعتقهم وماتوا ـ عتقوا فى قول أبى العباس؛ ونقل الرافعى ترجيحه عن الأستاذ ، ولم يذكر ترجيحا غيره.

الثانية : المستأمن إذا أوصى بكل ماله : صح؛

الثالثة : من ليس له وارث خاص ، فأوصى بكل ماله : يصح فى وجه؛

كتاب النكاح

قال البلقيني : ليس لنا عبارة شرعت في عهد آدم إلى الآن ، ثم تستمر في الجنة ، إلا الإيمان ، والنكاح :

ضابط

كل عضو حرم النظر إليه : حرم مسه ولا عكس ، إلا الفرج ، فانه يحرم نظره في وجه ، ويجوز مسه بلا خلاف ؛

قاعدة

لا يباشر مسلم عقد كافر بغير وكالة ، إلا الحاكم ، والمالك ، وولي المالكة المسلمة أو الخنثى وولي المحجور عليه المسلم ؛

قاعدة

لا مدخل للوصي في تزويج الأنثى إلا في أمة السفيه ؛

ضابط

الولي في الإجبار أقسام

أحدها : يجبر ويجبر ، وهو الأب ، والجد في البكر والمجنونة والمجنون ؛

الثاني : لا يجبر ولا يجبر وهو السيد في العبد ، على المرجح فيهما ؛

الثالث : يجبر ، ولا يجبر : وهو السيد في الأمة ؛

الرابع : عكسه ، وهو الولي في السفيه ؛

الصور التي يزوج فيها الحاكم

عشرون

الأولى : عدم الولي حسا ، أو شرعا ، بأن يكون فيه مانع : من صغر ، أو جنون ، أو فسق ، أو سفه : ولا ولي أبعد منه :

الثانية : فقده : بحيث لا يعلم موته ، ولا حياته ، ولم ينته إلى مدة يحكم فيها بموته ؛

الثالثة : إحرامه ؛

الرابعة : عضله ؛

الخامسة : سفره إلى مسافة قصر ؛

السادسة : حبسه ، بحيث لا يصل إليه ، إلا السجان ؛

السابعة ، والثامنة : تواريه ، وتعززه ؛

التاسعة ، والعاشرة ، والحادية عشرة : إذا أراد نكاحها لنفسه ، أو طفله العاقل ، أو ولد ولده ، وهو غير مجبر ، فانه يقبل فى الصور الثلاث ، ولا يتولى الطرفين ؛

الثانية عشرة : أمة المحجوز ، حيث لا أب له ، ولا جد ؛

الثالثة عشرة : المجنونة البالغة ، حيث لا أب لها ولا جد ؛

الرابعة عشرة : أمة الرشيدة ، التى لا ولى لها ؛

الخامسة عشرة : أمة بيت المال ؛

السادسة عشرة : الأمة الموقوفة ؛

السابعة عشرة إلى العشرين : مستولدة الكافر ، ومدبرته ، ومكاتبته ، ومن علق عتقها بصفة ، إذا كن مسلمات ؛

وقد ألفت فى هذه الصور كراسة : سميتها « الزهر الباسم ، فيما يزوج فيه الحاكم » ؛

باب محرمات النكاح

ضابط

يحرم من الرضاع مايحرم من النسب ، إلا أربعة :

أم مرضعة ولدك وبنتها ومرضعة أخيك وحفيدك ؛

وقد نظم بعضهم فى قوله :

أربع فى الرضاع ، هن حلال   وإذا مانسبتهن حرام

جدة ابن ، وأخته ، ثم أم   لأخيه ، وحافد ، والسلام

وزاد فى التعجيز : أم العم وأم الخال وأخا الابن ؛

وصورته : فى امرأة لها ابن ارتضع من أجنبية ، لها ابن ، فذاك الابن أخو ابن المرأة المذكورة ، ولا يحرم عليها أن تتزوج به ، وهو أخو ابنها ؛

وقد ذيلت على البيتين : فقلت :

وأخو ابن ، وأم عم ، وخال   زاده بعدها إمام همام

باب الخيار

ضابط

العيوب الموجبة الفسخ فى النكاح إذا علمت بها المرأة قبل النكاح ، فلا خيار لها : إلا العنة على الأصح ؛

باب الصداق

قاعدة

يجوز إخلاء النكاح عن تسمية المهر ، إلا فى أربع صور :
المحجورة والرشيدة إذا لم تفوض ، والوكيل عن الولى حيث لا تفويض والزوج المحجور إذا اتفقوا على مسمى أقل من مهر مثل الزوجة .

قاعدة

لا يفسد النكاح بفساد الصداق ، إلا فى صورتين :
نكاح الشغار ، وإذا تزوج العبد بحرة ، على أن تكون رقبته صداقها بإذن السيد .

باب القسم

قاعدة

قال البلقينى : كل من استحقت النفقة من زوجة غير رجعية ، استحقت القسم ، إلا الواهبة ومن تخلفت لمرض ، وقد سافر لجميع نسائه والمجنونة التى يخاف منها لا قسم لها ، وإذا لم يظهر منها نشوز ولا امتناع ، فالنفقة واجبة ، قلته تخريجا انتهى .

باب الطلاق

ضابط

قال فى الرونق ، واللباب : كل من علق الطلاق بصفة ، لم يقع دون وجودها ، إلا فى خمس مسائل :
الأولى : إذا قال لها : إذا رأيت الهلال فأنت طالق : تطلق برؤية غيرها له .
الثانية : أنت طالق برضا فلان .
الثالثة : أنت طالق أمس .
الرابعة : أنت طالق للسنة والبدعة .
الخامسة : أنت طالق طلقة حسنة قبيحة ؛ تطلق فى الحال فى الأربعة .

ضابط

لا يقع الطلاق على أختين معا ، إلا فى المشرك إذا نكح أختين وطلقهما فى الكفر ثلاثا ثلاثا ، فانه ينفذ ، فلو أسلم لم ينكح واحدة إلا بمحلل .
وزاد البلقينى أخرى تخريجا .

وهى : مالو طلق زوجته رجعيا فعاشرها ، فان العدة لاتنقضى ولا يراجع بعد مضى، قدرها ويلحقها الطلاق وله نكاح أختها :

وحينئذ : يمكن إيقاع الطلاق عليهما معا :

باب الايلاء

ضابط

قال البلقينى : لايوقف الايلاء إلا فى مواضع :

منها : إذا آلى من صغيرة لايمكن وطؤها ، فانه يوقف حتى يمكن ، فتضرب له المدة.

ومنها : إيلاء المرتد من المرتدة فى زمن العدة :

قلت : وإيلاء المطلق من الرجعية موقوف على الرجعة :

باب الظهار

ضابط

ليس لنا امرأة يصح ظهارها ولاتصح رجعتها إلا ثلاث :

الأولى : المبهمة فى إحداكما طالق : لاتصح رجعتها مع الابهام ويصح ظهارها :

الثانية ، والثالثة : المحرمة والبائن الحامل من الزنا ، لاتصح رجعتهما على رأى ضعيف فيهما ، ويصح ظهارهما قطعا :

باب اللعان

ضابط

اللعان لايكون إلا واجبا ، أوحراما :

فالأول : لنفى النسب ، ودفع حد القذف :

والثانى : الكاذب :

والقذف : يكون واجبا وحراما وجائزا :

وينفرد اللعان للنسب بكونه على الفور إلا فى موضعين :

الحمل له التأخير إلى وضعه ، وما إذا احتاج إلى قذف ، فانه يؤخره عنه :

وكل لعان غير ذلك ، لافور فيه :

ضابط

ليس لنا امرأة تلحق بالمطلقة ثلاثا ، فى تحريمها قبل زوج وحلها بعده ، إلا الملاعنة : على وجه ضعيف :

ضابط

ليس لنا مجهول، لايستلحقه إلا واحد معين غير المنفى باللعان عن فراش نكاح صحيح لايستلحقه إلا نافيه

باب العدد

ضابط

العدة أقسام :

الأول : معنى محض، وهى : عدة الحامل ؛

الثانى : تعبد محض : وهى : عدة المتوفى عنها زوجها، ولم يدخل بها، ومن وقع عليها الطلاق بيقين براءة الرحم، وموطوءة الصبى الذى لايولد لمثله، والصغيرة التى لاتحبل قطعا ؛

الثالث : مافيه الأمران، والمعنى أغلب وهى : عدة الموطوءة التى يمكن حبلها ممن يولد لمثله، سواء كانت ذات أقراء أو أشهر : فان معنى براءة الرحم أغلب من التعبد بالعدد المعتبر ؛

الرابع : مافيه الأمران، والتعبد أغلب وهى، عدة الوفاة للمدخول بها التى يمكن حملها وتمضى أقراؤها فى أثناء الأشهر، فان العدد الخاص أغلب فى التعبد ؛

قاعدة

كل فرقة : من طلاق أو فسخ بعد الوطء، ولو فى الدبر، أو استدخال الماء المحترم : توجب العدة إلا فى موضعين :

أحدهما : الحربية إذا سبيت وزوجها حربى : لايلزمها العدة بل الاستبراء، فان كان زوجها مسلما، فقال البلقينى : يظهر من كلامهم فى السير وجوب العدة لحرمة ماء المسلم ؛

قال : والأرجح عندى، الاستبراء بحيضة لعموم الأخبار فى استبراء المسبيات ؛

قال : أو ذميا رتب على ماسبق وأولى فى الاكتفاء بحيضة ؛

الثانى : الرضيع مثلا، إذا استدخلت زوجته ذكره ثم فسخ النكاح : فلا عدة ؛

ضابط

كل من انقضت عدتها بالأقراء، فلا تبطل إلا إذا ظهر حملها من غير زنا ؛ والمتحيرة إذا زال تحيرها بعد انقضاء عدتها فظهر أنه بقى عليها بقية تكملها، أو بالأشهر فكذلك إلا بالحمل المذكور وبوجود الحيض فى الآيسة، على مارجحه جماعة ؛

ضابط

لا تنقضي العدة بالأقراء أو الأشهر مع وجود الحمل إلا في حمل الزنا وفيما لو أحبل خلية بشبهة ثم نكحها ووطئها وطلقها فلا تداخل ؛ فتعتد بعد وضعه للفراق ؛

فلو رأت الدم وجعلناه حيضا : انقضت به عدة الفراق على الأرجح وكذا بالأشهر ؛ قاله البلقيني ؛

ضابط

لا يعتبر في العدة أقصى الأجلين ، إلا فيما إذا طلق إحدى نسائه ومات قبل البيان ، أو أسلم على أكثر من أربع ، ومات قبل الاختيار ، أو مات زوج أم الولد ، وسيدها ، ولم يدر السابق ؛

ضابط

ليس لنا حرة تعتد بقرءين ، إلا الموطوءة بشبهة على ظن أنها زوجته الأمة ، ولا أمة تعتد بثلاثة أقراء ، إلا الموطوءة بشبهة على ظن أنها زوجته الحرة في الأصح ؛

ضابط

ليس لنا امرأة تعتد للطلاق ونحوه بثلاثة قروء ، وللموت بشهرين وخمسة أيام ، إلا اللقيطة التي تزوجت ثم أقرت بالرق ، فان أولادها قبل الاقرار أحرار وبعده أرقاء وتعتد بثلاثة قروء للطلاق ونحوه ، وللوفاة بشهرين وخمسة أيام ؛ لأن عدة الوفاة لا تتوقف على الوطء ، فلم يؤثر ظن الحرية في زيادتها ، وتسلم ليلا ونهارا كالحرة ، ويسافر بها بغير إذن مالكها .

وقد ألغز بعضهم في ذلك ، فقال :

سل الحبر عن حر تزوج حرة	حصانا تريك الشمس من طلعة البدر
بتولية القاضي ، على مهر مثلها	ومن طلب الحسناء لم تغل بالمهر
فأولدها حرا ، وعبدا ، وحرة	على نسق في عقدها السابق الذكر
على أنه ذو الطول ، واليسر ، والغنى	وللموت خير من حياة على فقر
وعدتها ، لو طلقت وهي حامل :	ثلاثة أقرا ، عدة الكامل الحر
على أنه لو مات عنها تفجعت	بخمسة أيام وشهر إلى شهر
وقيل : بقرء واحد ، وهي حيضة	وذلك من ذات الترقق تستبرى
نعم : وله تسليمها دون حرفة	نهارا وليلا ، باتفاق أولى الأمر
ويوطنها شرق البلاد وغربها	بلا إذن مولى نافذ النهي والأمر
ولا عجب إن أعوز الحبر أمرها	فان خفايا الشرع تنبو عن الحصر

وللشيخ نجم الدين الباذرائى فيها أيضا :

أيا فقهاء العصر ، هل من مخبر — عن امرأة حلت لصاحبها عقدا ؟
إذا طلقت بعد الدخول تربصت — ثلاثة أقراء حددن لها حدا
وإن مات عنها زوجها فاعتدادها — بقرء من الأقراء ، تأتى به فردا

فأجابه تاج الدين بن يونس .

وكنا عهدنا النجم يهدى بنوره — فما باله قد أبهم العلم الفردا ؟
سألت ، فخذ عنى : فتلك لقيطة — أقرت برق ، بعد أن نكحت عمدا

باب الرضاع

قال فى التلخيص : الرضاع أقسام :

أحدها : مالا يحرم ، لا على الرجل ولا على المرأة ، وهو لبن الرجل والخنثى والميتة ، والمرضع به من له حولان :

الثانى : مايحرم على المرأة دون الرجل ، وذلك لبن الزنا والبكر والثيب التى لم تتزوج والملاعنة والمزوجة غير المدخول بها :

الثالث : مايحرم على الرجل دون المرأة وهو : ما لو رضع من خمس أخوات ، أو بنات لرجل خمس رضعات : حرم عليه دونهن :

الرابع : مايحرم عليهما ؛ وهو واضح :

باب النفقات

قاعدة

البائن الحامل لها نفقة بنص القرآن ، وهل هى للحمل لأنها تجب بوجوده ، وتسقط بعده ، أو لها بسببه ، لأنها تجب على الموسر وغيره ؟ قولان : أصحهما الثانى .

ويتخرج على القولين اثنان وثلاثون فرعا

الأول : أنها تجب على العبد : إن قلنا لها ، وإلا فلا :

الثانى : تسقط بمضى الزمان : إن قلنا لها وإلا فلا :

الثالث : المعتدة عن فسخ منها أو بسببها : إن قلنا له ، وجبت وإلا فلا .

الرابع : لاعنها ونفى الحمل ثم أكذب نفسه : إن قلنا لها : أخذت عما مضى وإلا فلا

الخامس : المعتدة عن وطء نكاح فاسد أو شبهة : إن قلنا له وجبت ، وإلا فلا.

السادس : طلقها ناشزة . إن قلنا له وجبت ، وإلا فلا :

السابع : نشزت بعد الطلاق ، إن قلنا له وجبت ، وإلا فلا :

الثامن : ارتدت بعد الطلاق كذلك .

التاسع : يصح ضمان النفقة : إن قلنا لها ، وإلا فلا .

العاشر : أعسر بها : استقرت فى ذمته ، إن قلنا لها ، وإلا فلا ؛

الحادى عشر : هى مقدرة ، إن قلنا لها وإلا فلا :

الثانى عشر : كان الزوج حرا وهى أمة ، والولد حر وقلنا : لا نفقة للأمة الحامل إذا طلقت : إن قلنا له وجبت ، وإلا فلا .

الثالث عشر : كان الحمل رقيقا برق الأم . إن قلنا لها ، وجبت وإلا فلا ، لأن نفقة الولد الرقيق على مالكه ، لا على أبيه .

الرابع عشر : مات الزوج قبل وضعه . إن قلنا له سقطت ، لأن نفقة القريب تسقط بالموت ، وإلا فوجهان .

الخامس عشر : مات الزوج عن تركة ، فان قلنا له ، وجبت فى حصته من التركة ، وإلا فلا ؛

السادس عشر : لم يخلف مالا وخلف أبا ، وجبت عليه : إن قلنا له ، وإلا فلا ؛

السابع عشر : أبرأت الزوج منها ، صح إن قلنا لها ، وإلا فلا .

الثامن عشر : أعتق أم ولده الحامل منه ، فان قلنا له وجبت ، وإلا فلا ؛

التاسع عشر : عجل لها النفقة بغير أمر الحاكم .

العشرون : تصرف إليها من الزكاة : إن قلنا له ، وإلا فلا ؛

الحادى والعشرون : سافرت بإذنه لغرضه ، إن قلنا له وجبت ، وإلا فلا .

الثانى والعشرون : أحرمت بإذنه كذلك ؛

الثالث والعشرون : يجوز الاعتياض عنها : إن قلنا لها ، وإلا فلا .

الرابع والعشرون : أسلم قبلها وجبت : إن قلنا له ، وإلا فلا ؛

الخامس والعشرون : سلم إليها نفقة يوم ، فخرج الولد ميتا فى أوله . استرد ، إن قلنا له ، وإلا فلا ؛

السادس والعشرون : عليه فطرتها ، إن قلنا لها ، وإلا فلا ؛

السابع والعشرون : تملك النفقة بالتسليم ، إن قلنا لها ، وإلا فلا ؛

الثامن والعشرون : أتلفها متلف بعد تسلمها ؛ لها البدل : إن قلنا له ، وإلا فلا ؛

التاسع والعشرون : قدر المعسر على الاكتساب : وجب إن قلنا له ، وإلا فلا ؛

الثلاثون : حملت الأمة من رقيق فى صلب النكاح ، فالنفقة على سيدها : إن قلنا له ، وإلا على العبد بحق النكاح ، والصورة السابقة : صورتها فى المبتوتة ؛

الحادى والثلاثون : نشزت فى النكاح ، وهى حامل : سقطت نفقتها ، إن قلنا لها وإلا فلا .

الثانى والثلاثون : اختلفت المبتوتة والزوج ، فى وقت الوضع ، فقالت : وضعت اليوم ، وطالبته بنفقة شهر ، وقال : بل وضعت من شهر ، فالقول قولها ، وعليه البينة لأن الأصل عدم الولادة وبقاء النفقة ، ولأنها أعرف بوقت الولادة . قال الرافعى وهذا ظاهر على قولنا : إن النفقة للحامل : فان قلنا : للحمل : لم نطالبه لسقوطها بمضى الزمان .

باب الحضانة

ضابط

قال المحاملى : الأم أولى بالحضانة ، إلا فى صور :

إذا امتنع كل من الأبوين من كفالته ، فانه يلزم به الأب . وإذا كان الأب حرا أو مسلما ، أو مأمونا ، وهى بخلاف ذلك ، أو يريد سفر نقلة ، أو تزوجت .

زاد غيره : أو إذا كانت الأم مجنونة ، أو لا لبن لها ، أو امتنعت من إرضاعه ، أو عمياء . كما بحثه ابن الرفعة ، أو بها برص ، أو جذام ، كما أفتى به جماعة .

ضابط

إذا اجتمعت نساء القرابات ، فلنساء الأم أولى ، إلا فى صورة واحدة :

وهى : إذا اجتمعت الأخت للأب ، والأخت للأم ، فان الأخت للأب أولى ، على الجديد .

كتاب القصاص

ضابط

القتل أربعة أقسام

أحدها : مايوجب القصاص ، والدية ، والكفارة ، وهو القتل العمد العدوان المكافىء ، ولا مانع .

الثانى : مالا يوجب واحدا منها ، وهو قتل المرتد ، والزانى المحصن ، ونحوهما .

الثالث : مايوجب الدية والكفارة ، دون القصاص ، وهو الخطأ ، وشبه العمد ، وبعض أنواع العمد .

الرابع : مايوجب القصاص والكفارة ، دون الدية : وهى : ماإذا وجب لرجل

على آخر قصاص فى النفس لقتل مورثه ، فجنى المقتص على القاتل : فقطع يديه ، فانه ليس له بعد ذلك الدية : لو عفا ، ولو أراد القصاص ، فله ؛

ضابط

قال فى التلخيص : كل عاقل بالغ قتل عمدا ، وجب القود إذا كانا متكافئين ، إلا فى الأصول ، وإذا ورث القاتل بعض قصاص المقتول :

قاعدة

قال فى الرونق : لا يجب القصاص بغير مباشرة ، إلا فى المكره ، والشهود إذا رجعوا ؛

فائدة

المقاتل : الدماغ ؛ والعين ، وأصل الأذن ، والحلق ، ونقرة النحر ، والأخدع ، والخاصرة ، والإحليل ، والأنثيين ، والمثانة ، والعجان ، والصدر ، والبطن ؛ والضرع ، والقلب ؛

قاعدة

يعتبر فى القصاص : التساوى بين الجانى والمجنى عليه ، فى الطرفين ، والواسطة : حتى لو تخللت حالة ، لم يكن المقتول فيها كفؤا للقاتل ، لم يجب القود لأنه مما يدرأ بالشبهة ؛

ونظيره فى ذلك : حل الأكل ، يشترط فيه كون رامى الصيد ممن تحل ذبيحته فى الطرفين والواسطة ؛ لأن الأصل فى الميتات الحرمة ؛

وكذا فى تحمل العاقلة يعتبر الطرفان ، والواسطة : لأنها مؤاخذة بجناية الغير ، فهى معدولة عن القياس ، فاحتيط فيها ؛ كما يحتاط فى القود ؛

وأما الدية : فيعتبر فيها حال الموت ، لأنها بدل متلف : فيعتبر بوقت التلف :

قاعدة

من قتل بشخص : قطع به ، ومن لا فلا ؛

واستثنى فى الشرح الصغير من الأول :

اليد الشلاء مثلا : فان صاحبها يقتل قاتله ، ولا يقطع ، لأن شرطها أن يكون نصفا من صاحبها ، وليست الشلاء كذلك ؛

واستثنى البلقينى من الثانى : ما إذا جنى المكاتب على عبده فى الطرف ، فله القصاص

منه كما نص عليه فى الأم ؛ سواء تكاتب عليه أم لا ، مع أنه لايقتل به ، على الأصح ؛
قال : ولم أر من تعرض لاستثنائها ؛

قاعدة

ماله مفصل ، أو حد مضبوط من الأعضاء ؛ جرى فيه القصاص ، ومالا فلا ؛

فمن الأول : اليدان ، والرجلان من الكوع ، والكعب ، والمرفق ، والركبة ، والمنكب ، والفخذ ، وأنامل الأصابع ؛

ومن المضبوط : العين ، والجفن ، والمارن ، والأذن ، والذكر ، والأنثيان ، والأليان ، والشفران ، والشفة ، واللسان ، وقلع السن ؛

ويراجع أهل الخبرة فى سل الأنثيين ؛ أو إحداهما ، ودقهما ؛

ومن الثانى : كسر العظام ، ودق الأنثيين ، فيما بحثه الرافعى ، واللطمة والضربة ؛

باب استيفاء القصاص

قال الماوردى : يعتبر فى استيفاء القصاص عشرة أشياء :

أحدها : حضور الحاكم ، أو نائبه ؛

ثانيها : حضور شاهدين ؛

ثالثها : حضور الأعوان ؛ فربما يحتاج إلى الكتف ؛

رابعها : يؤمر المقتص منه بقضاء ماعليه من الصلاة ؛

خامسها : يؤمر بالوصية فيما له وعليه ؛

سادسها : يؤمر بالتوبة من ذنوبه ؛

سابعها : يساق إلى موضع القصاص برفق ، ولا يشتم ؛

ثامنها : تشد عورته بشداد ، حتى لاتظهر ؛

تاسعها : تشد عينه بعصابة ، حتى لايرى القتل ؛

عاشرها : يمد عنقه ويضرب بسيف صارم ؛ لاكال ، ولامسموم ؛

قاعدة

لايستوفى القصاص إلا بإذن الإمام ؛

واستثنى صور :

الأولى : السيد يقيم على عبده القصاص كما هو مقتضى تصحيح الشيخين : أنه يقيم عليه حد السرقة والمحاربة ، فان جماعة أجروا الخلاف المذكور فى القتل ، والقطع قصاصا .

الثانية : قال ابن عبد السلام فى قواعده : لو انفرد ، بحيث لايرى ، ينبغى أن يمنع منه لاسيما إذا عجز عن إثباته ، ويوافقه قول الماوردى : إن من وجب له حد قذف ، أو تعزير ، وكان بعيدا عن السلطان : له استيفاؤه إذا قدر عليه بنفسه .

الثالثة : قال فى الخادم : القاتل فى الحرابة لكل من الإمام والولى الأمر بقتله ، دون مراجعة الآخر : صرح به الماوردى .

قاعدة

من قتل بشىء قتل بمثله

ويستثنى منها صور يتعين فيها السيف .

الأولى : إذا أوجره خمرا ، حتى مات .

الثانية : إذا قتله باللواط ، وهو ممن يقتله غالبا .

الثالثة : إذا قتله بسحر .

الرابعة : إذا شهدوا بزنا محصن فرجم ، ثم رجعوا ، على وجه : صوبه فى المهمات .

الخامسة : إذا أنهشه أفعى ، أو حبسه مع سبع فى مضيق . فهل يتعين للسيف ، أو يقتل بمثل مافعل ؟ وجهان : حكاهما الماوردى ، ونقله ابن الرفعة ، والقمولى بلا ترجيح .

وقضية كلام الأذرعى : ترجيح الثانى .

الصور

التى يثبت فيها القصاص ، دون الدية لو عفا

منها : المرتد : إذا قتل المرتد فيه القصاص ، ولو عفا ، فلا دية .

ضابط

من استحق القصاص ، فعفا عنه على مال : فهو له ، إلا فى صورة .

وهى : مالو جنى على عبد ، فأعتقه السيد ، ثم مات بالسراية ، وله ورثة غير المعتق وأرش الجناية مثل الدية ، أو أكثر : فان للورثة القصاص ، ولو عفوا على مال : كان للسيد : لأن أرش الجناية التى وقعت فى ملكه له .

باب الديات

هى أنواع

الأول : مايجب فيه دية كاملة ، وذلك النفس ، واللسان ، والكلام ، والصوت ، والذوق والمضغ والعقل والسمع والبصر والشم ، والحشفة والجماع والإحبال والإمناء .

والافضاء والبطش والمشي ، وسلخ الجلد واللحم الناتىء على الظهر ، على مافى التنبيه ، وفسره ابن الرفعة بالسلسلة وقال : إنه لاذكر لذلك فى الكتب المشهورة ؛

قال الأذرعى : ولافى المهذب وهى غريبة جدا قال : نعم ذكرها الجرجانى فى الشافى والتحرير تبعا للتنبيه ، وأقره المستدركون : قال والظاهر خلافه ؛

وزاد الامام: لذة الطعام فهذه عشرون.

الثانى : مايجب فيه نصف الدية ، وذلك فى كل عضو فى البدن ، منه اثنان وتكمل الدية فيهما ، وذلك عشرة :

اليد والرجل ، والأذن والعين ، والشفة واللحى ، والحلمة والألية ، وأحد الأنثيين ، والشفرين ؛

الثالث : مايجب فيه الثلث ، وذلك أربعة :

إحدى طبقات الأنف ، والآمة والدامغة والجائفة ؛

الرابع : مايجب فيه الربع ، وهو الجفن خاصة ؛

الخامس : مايجب فيه العشر ، وهو الأصبع ؛

السادس : مايجب فيه نصف العشر ، وهو خمسة :

أنملة الإبهام والسن ، وموضحة الرأس أو الوجه ، والهشم كذلك والنقل ؛

السابع : مايجب فيه عشر العشر ، وهو كسر الضلع والترقوة فى القديم ؛

ضابط

من كتابى الخلاصة : لايسقط القصاص ، كالضمان بالعود فى الجرم ، بل المعانى ؛

باب العاقلة

قاعدة

كل من جنى جناية ، فهو المطالب بها ، ولا يطالب بها غيره ، إلافى صورتين :

العاقلة : تحمل دية الخطأ ، وشبه العمد ، والصبى المحرم إذا قتل صيدا ، أو ارتكب موجب كفارة ، فالجزاء على الولى ، لافى ماله ؛

كتاب الردة

قال النووى فى تهذيبه : الكفر أربعة أنواع :

كفر إنكار ، وكفر جحود ، وكفر عناد ، وكفر نفاق ؛

من أتى الله بواحد منها لايغفر له ، ولا يخرج من النار ؛

قاعدة

قال الشافعي : لايكفر أحد من أهل القبلة ؛

واستثنى من ذلك :

المجسم ، ومنكر علم الجزئيات ؛

وقال بعضهم : المبتدعة أقسام :

الأول : مانكفره قطعا ، كقاذف عائشة رضى الله عنها ، ومنكر علم الجزئيات ، وحشر الأجساد ، والمجسمة ، والقائل بقدم العالم .

الثانى : مالا نكفره قطعا ، كالقائل بتفضيل الملائكة على الأنبياء ، وعلى على أبى بكر ؛

الثالث ، والرابع : مافيه خلاف ، والأصح : التكفير ، أوعدمه ، كالقائل بخلق القرآن . صحح البلقينى التكفير ، والأكثرون : عدمه . وساب الشيخين ، صحح المحاملى التكفير ، والأكثرون : عدمه ؛

ضابط

منكر المجمع عليه أقسام :

أحدها : مانكفره قطعا ، وهو مافيه نص ، وعلم من الدين بالضرورة ، بأن كان من أمور الاسلام الظاهرة ، التى يشترك فى معرفتها الخواص والعوام . كالصلاة ، والزكاة والصوم ، والحج ، وتحريم الزنا ، ونحوه ؛

الثانى : مالا نكفره قطعا ، وهو مالا يعرفه إلا الخواص ، ولانص فيه : كفساد الحج بالجماع قبل الوقوف .

الثالث : مايكفر به على الأصح ، وهو المشهور المنصوص عليه ، الذى لم يبلغ رتبة الضرورة ، كحل البيع ، وكذا غير المنصوص : على ماصححه النووى ؛

الرابع : مالا ، على الأصح ، وهو مافيه نص . لكنه خفى ، غير مشهور ، كاستحقاق بنت الإبن السدس ، مع بنت الصلب ؛

ضابط

كل من صح إسلامه ، صحت ردته جزما ، إلا الصبى المميز ، إسلامه صحيح على وجه مرجح ، ولاتصح ردته .

قاعدة

ما كان تركه كفرا ، ففعله إيمان ، ومالا فلا ؛

باب التعزير

قاعدة

من اتى معصية لاحد فيها ولاكفارة ، عزر ؛ أو فيها أحدهما ، فلا ؛

ويستثنى من الأول صور :

الأولى : ذوو الهيئات فى عثراتهم ؛ نص عليه الشافعى للحديث ،

وحكى الماوردى فى ذوى الهيئات وجهين ؛

أحدهما : أنهم أصحاب الصغائر ؛ دون الكبائر ؛

والثانى : أنهم الذين إذا أتوا الذنب ندموا عليه ، وتابوا منه ؛

ونص الشافعى على أنهم الذين لايعرفون بالشر ؛

الثانية : الأصل لايعزر بحق الفرع ، كما لايحد بقذفه ، وإن لم يسقط حق الامام من ذلك . صرح به الماوردى .

الثالثة : إذا وطىء حايلته فى دبرها لايعزر أول مرة ، بل ينهى ، وإن عاد عزر ؛ نص عليه فى المختصر ، وصرح به جماعة .

الرابعة : إذا رأى من يزنى بزوجته ، وهو محصن . فقتله فى تلك الحالة ، فلا تعزير عليه وإن افتات على الإمام لأجل الحمية ، والغيظ ، حكاه ابن الرفعة عن ابن داود ؛

ونقل الماوردى ، والخطابى عن الشافعى : أنه يحل له قتله باطنا ، وإن كان يقاد به فى الظاهر ؛

الخامسة : إذا نظر إلى بيت غيره ، ولم يرتدع بالرمى ، ضربه صاحب البيت بالسلاح ونال منه مايردعه ؛

قال الرافعى عن النص : ولو لم ينل منه صاحب الدار عاقبه السلطان ، هذا لفظه ومقتضاه عدم التعزير إذا نال منه ، وكأنه حد هذه المعصية ؛

وقد يقال : هذا نوع تعزير ، شرع لصاحب المنزل ، وإن لم يستوفه ، فللامام استيفاؤه ؛

السادسة : إذا دخل واحد من أهل القوة إلى الحمى الذى حماه الامام للضعفة ، ونحوهم فراعى منه ؛ قال القاضى أبو حامد : لاتعزير عليه ولا غرم ؛ وإن كان عاصيا . كذا فى المهمات ؛

وكلام أبي حامد فى زيادة الروضة : ليس فيه وإن كان عاصيا .

وقال البلقيني : ليس هذا بعاص ، وإنما فعل مكروها ، ولاتعزير فيه .

السابعة : إذا ارتد ، ثم أسلم : فإنه لايعزر أول مرة . نقل ابن المنذر الاتفاق عليه .

الثامنة : إذا كلف السيد عبده مالا يطيق : لايعزر أول مرة ، بل يقال له : لاتعد .
فإن عاد عزر : ذكره الرافعي .

التاسعة : إذا طلبت الزوجة نفقتها بطلوع الفجر : قال فى النهاية : الذى أراه أن الزوج إن قدر على إجابتها ، فهو حتم ولايجوز تأخيره ، وإن كان لايحبس ولايوكل به ، ولكن يعصي بمنعه .

العاشرة : إذا عرض أهل البغي بسب الامام : لم يعزروا على الأصح ، من زوائد الروضة ، لأنه ربما كان مهيجا لما عندهم ، فينفتح بسببه باب القتال .

ويستثنى من الثانى صور :

الأولى : الجماع فى رمضان : فيه التعزير ، مع الكفارة . حكى البغوى فى شرح السنة : الاجماع عليه : وفى شرح المسند للرافعي مايقتضيه ، وجزم به ابن يونس فى شرح التعجيز .

وقال البلقيني : مادعاه البغوى غير صحيح : فانه عليه السلام لم يعزر المجامع فى نهار رمضان .

ولم يذكر ذلك أحد من الأئمة القدماء فى خصوص المسئلة ، فالصحيح أنه لايعزر ، وجزم به ابن الرفعة فى الكفاية .

الثانية : جماع الحائض : يعزر فاعله بلا خلاف ، مع أن فيه الكفارة ندبا أو وجوبا

الثالثة : المظاهر : يجب عليه التعزير مع الكفارة .

قلت : أفتى بذلك البلقيني ، وقد ظاهر فى عصره صلى الله عليه وسلم جماعة ، ولم يرد أنه عزر واحدا منهم .

الرابعة : إذا قتل من لايقاد به : كابنه ، وعبده : وجب عليه التعزير ، كما نص عليه فى الأم مع الكفارة .

الخامسة : اليمين الغموس : فيها التعزير مع الكفارة .

تتمة

ويكون التعزير فى غير معصية فى صور :

منها : الصبى ، والمجنون : يعزران إذا فعلامايعزر عليه البالغ ، وإن لم يكن فعلهما

معصية نص عليه فى الصبى ، وذكره القاضى حسين فى المجنون .

ومنها : نفى المخنث : نص عليه الشافعى ، مع أنه لامعصية فيه ، إذا لم يقصده إنما فعل للمصلحة .

ومنها : قال الماوردى : يمنع المحتسب من يكتسب باللهو ، ويؤدب عليه الآخذ ، والمعطى : وظاهره : يشمل اللهو المباح .

ومنها : قال البلقينى : حبس الحاكم من ثبت عليه الدين ، وادعى الاعسار : لاوجه له ، إلا أن يدعى أن هذا طريق فى الظاهر بين الناس إلى خلاص الحقوق : فيفعل هذا عملا بأن الظاهر الملاءة .

باب الجهاد

قاعدة

قال الشيخ أبو حامد وغيره : لايجوز للمسلم أن يدفع مالا إلى الكفار المحاربين ، إلا فى صور :

إذا أحاط العدو بالمسلمين من كل جهة ، ولا طاقة لهم به .

وإذا كان فى أيديهم أسرى من المسلمين ، يجب افتداؤهم .

وإذا جاءت امرأة مسلمة فى زمن الهدنة : وجب دفع مهر إلى زوجها ، فى قول ضعيف

باب القضاء

ضابط

قال الرافعى : قال العبادى : لايحبس المريض ، والمخدرة ، وابن السبيل : بل يوكل بهم ، ولا يحبس الوكيل ، ولاالقيم : إلافى دين وجب بمعاملته .

قال شريح : ولايحبس الكفيل إذا غاب المكفول ، حيث لايجب عليه إحضاره ، ولايحبس الممتنع من أداء الكفارات فى الأصح ، لأنها تؤدى بغير المال : بخلاف الزكاة والعشور .

قاعدة

من حبسه القاضى : لايجوز إطلاقه ، إلابرضى خصمه ، أو ثبوت فلسه .

وزيد عليه : أو يؤدى ماعليه من الحق .

واستشكل بأنه قد يتلف قبل وصوله إلى المستحق ، فيفوت حقه .

ولو ادعى شخص : أن له على مسجون حقا : جاز إخراجه من الحبس لسماع الدعوى بغير إذن الذى حبس له ؛

باب الشهادات

قال الصدر موهوب الجزرى: يشهد بالسماع فى اثنين وعشرين موضعا :
النسب ، والموت ، والنكاح ، والولاية ، وولاية الوالى ، وعزله ، والرضاع ، وتضرر الزوجة ، والصدقات ، والأشربة القديمة ، والوقف ، والتعديل ، والتجريح لمن لم يدركه الشاهد ، والاسلام ، والكفر ، والرشد ، والسفه ، والحمل ، والولادة ، والوصايا ، والحرية ، والقسامة ؛
وزاد الماوردى : الغصب ؛

تنبيه

أفتى النووى بأن شرط الواقف لايثبت بالاستفاضة ، وصرح به ابن سراقة ؛
وقال ابن الصلاح ، تفقها : الظاهر ثبوته ضمنا ، إذا شهد به مع أصل الوقف ، لااستقلالا ، وارتضاه الشيخ برهان الدين بن الفركاح ؛
وهل تجوز الشهادة برؤية الهلال ، اعتمادا على الاستفاضة ؟
قال السبكى : لم أرهم ذكروا ذلك ، ومال إلى خلافه .

قاعدة

كل ماشرط فى الشاهد ، فهو معتبر عند الأداء ، لاالتحمل ، إلافى النكاح ؛

ضابط

قال الإمام : قال الأئمة : الخبرة الباطنة تعتبر فى ثلاث :
الشهادة على الاعسار ، وعلى العدالة ، وعلى أن لاوارث له ؛

قاعدة

الشهادة على النفى : لاتقبل ، إلافى ثلاثة مواضع :
أحدها : الشهادة على أن لامال له ، وهى شهادة الاعسار ؛
الثانى : الشهادة على أن لاوارث له ؛
الثالث : أن يضيفه إلى وقت مخصوص ، كأن يدعى عليه بقتل أو إتلاف أو طلاق فى وقت كذا ، فيشهد له بأنه مافعل ذلك فى هذا الوقت ، فانها تقبل فى الأصح ؛

ضابط

قال ابن أبى الدم : لاتقبل الشهادة فى الحقوق المالية إلابشروط :

أحدها : تقدم الدعوى بالحق المشهود به ؛

الثانى : استدعاء المدعى أداءها من الشاهد ؛

الثالث : إصغاء الحاكم إليه واستماعها منه ، وهل يشترط إذنه فى الأداء ؟ فيه نظر ، وهو من الأدب الحسن ؛

الرابع : لفظة «أشهد» فلا يكفى غيرها : كأعلم وأجزم وأتحقق على الصحيح . قال : ومقابله وإن كان منقاسا من طريق المعنى ، لكنه بعيد من جهة المذهب لأن باب الشهادة مائل إلى التعبد ، فلا يدخل فيه القياس ؛

الخامس : الاقتصار على مادعاه المدعى ، فلو ادعى بألف فشهد بألفين ، لم تثبت الزيادة قطعا ، وفى ثبوت الألف المدعى بها خلاف ، تقدم فى تفريق الصفقة ؛

السادس : أن يؤدى كل شاهد ماتحمله مصرحا به حتى لو قال شاهد بعد أداء غيره ، وبذلك أشهد أو أشهد بمثل ماشهد به لم يسمع حتى يصرح بما تحمله ، صرح به الماوردى ، قال : لأن هذا إخبار وليس بأداء ؛

قال ابن أبي الدم : وهو كلام حسن صحيح : قال وعندى أن قوله «أشهد بما وضعت به خطى» لايسمع أيضا ؛

قلت : صرح بهذا الأخير ابن عبد السلام .

السابع : أن ينقل ماسمعه أو رآه إلى الحاكم ؛ فلو شهد باستحقاق زيد كذا على عمرو لم يسمع ؛

المواضع التى يجب فيها ذكر السبب

منها : الاخبار أو الشهادة بنجاسة الماء ، وبالردة وبالجرح ؛

وقد أجابوا فيها بثلاثة أجوبة مختلفة ، مع أن مدركها واحد ؛ وهو اختلاف العلماء فى أسبابها ؛

فقالوا فى الماء : يجب بيان السبب من العامى والفقيه المخالف ويقبل الإطلاق من الفقيه الموافق .

وصححوا فى الردة قبول الإطلاق من الموافق وغيره .

وفى الجرح بيان السبب من الموافق وغيره ، واعتذر عن ذلك فى الجرح بأنه منوط باجتهاد الحاكم لابعقيدة الشاهد ، فلابد من بيانه لينظر الحاكم أقادح هو أم لا؟

وفى الردة بأنه إنما قبل الاطلاق فيها ، لأن الظاهر من العدل الاحتياط فى أمر الدم ، مع أن المشهود عليه قادر على التكذيب ، بأن ينطق بالشهادتين ، والمجروح لايقدر على التكذيب ؛

تنبيه

صرح الماوردى والرويانى وغيرهما بأنه لو قال الشاهد : أنا مجروح قبل قوله ، وإن لم يفسر الجرح ..

ومنها : الشهادة باستحقاق الشفعة ، يجب بيان سببها من شركة أو جوار بلا خلاف

ومنها : الشهادة بأن هذا وارثه ، لايسمع بلا خلاف حتى يبين الجهة ، من أبوة أو بنوة أو غير ذلك لاختلاف المذاهب فى توريث ذوى الأرحام :

ومنها : لو شهدا بعقد بيع أو غيره من العقود ولم يبينا صورته ، فهل يسمع أو لابد من التفصيل ؟ فيه خلاف :

ومنها : لو شهدا أنه ضربه بالسيف ، فأوضح رأسه ، قال الجمهور : يقبل ، وقال القاضى حسين ، لابد من التعرض لإيضاح العظم ، لأن الإيضاح ليس مخصوصا بذلك وتبعه عليه الإمام ، ثم تردد فيما اذا كان الشاهد فقيها وعلم الحاكم أنه لايطلق لفظ الموضحة إلاعلى مايوضح العظم :

ومنها : لو شهد بانتقال هذا الملك عن مالكه إلى زيد ، فالراجح أنها لاتسمع إلا ببيان السبب ، وقيل : لايحتاج إليه ، وقيل : إن كان الشاهدان فقيهين موافقين لمذهب القاضى ، فلا حاجة إلى بيان السبب ، وإلا احتيج.

ومنه : اذا شهدا أن حاكما حكم بكذا ولم يعيناه فالصحيح القبول وقيل : لابد من تعيينه لاحتمال أن يكون الحاكم عدوا للمحكوم عليه أو ولدا للمحكوم له :

ومنها : إذا شهدا أن بينهما رضاعا محرما ، فالجمهور على أنه لابد من التفصيل ، واختار الإمام وطائفة عدمه ، وتوسط الرافعى ، فقال : إن كان الشاهد فقيها موافقا قبل وإلا فلا :

ومنها : الشهادة بالإكراه ، لاتقبل إلا مفصلة ، وفصل الغزالى : بين الفقيه الموافق وغيره :

ومنها : الشهادة بشرب الخمر : الأصح ، الاكتفاء بالإطلاق ، وقيل : لابد من التعرض لكونه كان مختارا عالما بأنها خمر :

ومنها : لو باع عبدا ثم شهد اثنان أنه رجع ملكه إليه : قالوا : لاتقبل مالم يبينا سبب الرجوع من إقالة ونحوها ، ويجىء فيه الخلاف السابق :

ومنها : الشهادة بالسرقة : يشترط فيها بيان كيف أخذ ، وهل أخذ من حرز ؟ وبيان الحرز ، وصاحب المال :

ومنها : الشهادة بأن نظر الوقف الفلانى لفلان ، فانه يجب بيان سببه ولا تقبل مطلقة كما أفتى به ابن الصلاح ، كمسألة : أنه وارثه :

ومنها : الشهادة ببراءة المدعى عليه من الدين المدعى به : قال الهروى : لاتقبل مطلقة للاختلاف فى أسباب البراءة ، وخالفه العبادى :

ومنها : الشهادة بالرشد ، يشترط بيانه للاختلاف فيه .

ومنها : الشهادة بانقضاء العدة ، لاختلاف العلماء فيه :

ومنها : لو شهدت بأنه يوم البيع أو يوم الوصية مثلا ، كان زائل العقل اشترط تفصيل زواله ، قاله الدبيلى :

ومنها : الشهادة بأن هذا مستحق هذا الوقف .

ومنها : الشهادة بأن فلانا طلق زوجته : لاتقبل حتى يبين اللفظ الواقع من الزوج ، لأنه يختلف الحال بالصريح والكناية والتنجيز والتعليق ، قاله فى الأنوار .

ومنها : الشهادة بأنه بالغ بالسن ، لاتقبل حتى يبينوه لاختلاف العلماء فيه ، بخلاف مالو لم يقل بالسن ، فانها تسمع .

ومنها : الشهادة على الزنا ، لابد من بيان أنه رأى ذكره فى فرجها :

ومنها : الشهادة أن غدا من رمضان ، هل تقبل مطلقة أولابد من التصريح برؤية الهلال ؟ لاحتمال أن يكون مستنده الحساب :

المتجه : الثانى ، وصرح ابن أبى الدم وغيره بالأول :

ثم بعد أن اخترت الثانى بحثا رأيت السبكى قواه فى الحلبيات : فقال : قوله «أشهد أن الليلة أول الشهر» ليس فيه التعرض للهلال أصلا ، فيحتمل أن يقال ، لاتقبل . لأن الشارع أناط بالرؤية أو استكمال العدد واستكمال العدد يرجع إلى رؤية شهر قبله فمتى لم يتعرض الشاهد فى شهادته إلى ذلك ينبغى أن لايقبل ، أو يجرى فيه الخلاف فيما إذا شهد الشاهد بالاستحقاق من غير بيان السبب ، ففيه خلاف . لأن ذلك وظيفة الحاكم ووظيفة الشاهد : الشهادة بالأسباب فقط .

قال : وهنا احتمال آخر زائد يوجب التوقف ، وهو احتمال أنه اعتمد الحساب ، كما ذكر ذلك أحد الوجهين ، فى جواز الصوم بحساب إذا دل على طلوع الهلال وإمكان رؤيته فلهذا يحتمل أن يقال : لايقبل الحاكم شهادته حتى يستفسره ، ويحتمل أن يقال ، إن عدالته تمنعه من اعتماد الحساب ، ومن التوسط المانع من أداء الشهادة ومقتضى الحمل على أنه ماراًى وإنما تواتر عنده الخبر برؤيته : قال ، وهذا هو الأظهر ، وجزم به ابن أبى الدم ، انتهى :

ومنها : قال السبكى ، إذا نقض الحاكم حكم أحد ، سئل عن مستنده ، وإنما لايلزم القاضى بيان السبب إذا لم يكن حكمه نقضا :

ومنها : لو مات عن ابنين مسلم ونصرانى ، فقال كل : مات على دينى وأقام كل بينة

اشترط فى بينة النصرانى تفسير كلمة التنصر بما يختص به النصارى كالتثليث ، وهل يشترط فى بينة المسلم تبيين مايقتضى الإسلام ؟ فيه وجهان لأنهم قد يتوهمون ماليس بإسلام إسلاما

ومنها : إذا ادعى دارا فى يد رجل ، وأقام بينة بملكها ، وأقام الداخل بينة أنها ملكه هل تسمع مطلقة ، أولابد من استناد الملك إلى سبب ؟ الأصح ، الأول وترجح على بينة الخارج باليد :

ومنها : قال ابن أبى الدم ، شاع فى لسان أئمة المذهب أن الشاهد إذا شهد باستحقاق زيد على عمرو درهما مثلا ، هل تسمع هذه الشهادة ؟ فيه وجهان : والمشهور فيما بينهم : أنها لاتسمع : قال ، وهذا لم أظفر به منقولا مصرحا به هكذا ، غير أن الذى تلقيته من كلام المراوزة وفهمته من مدارج مباحثهم ، أن الشاهد ليس له أن يرتب الأحكام على أسبابها ، بل وظيفته أن ينقل مايسمعه منها من إقرار وعقد تبايع أوغير ذلك أوماشاهده من التفويض والإتلاف : فينقل ذلك إلى القاضى ، ثم وظيفة الحاكم ترتيب المسببات على أسبابها : فالشاهد سفير ، والحاكم متصرف ، والأسباب الملزمة مختلف فيها ، فقد يظن الشاهد ماليس بملزم سببا للإلزام ، فكلف نقل ماسمع أو رأى ، والحاكم مجتهد فى ذلك انتهى :

وقال فى المطلب : جمع بعض الفقهاء المواضع التى لايقبل فيها الخبر إلا مفصلا فبلغت ثلاثة عشر : أن الماء نجس ، وأن فلانا سفيه ، وأنه وارث فلان ، وأن بين هذين رضاع وأنه يستحق النفقة ، والزنا والإقرار به ، والردة ، والجرح ، والإكراه ، والشهادة على الشهادة :

وزاد غيره : أنه قذفه وأن المقذوف محصن وأنه شفيع ، وأنها مطلقة ثلاثا :

وقال الشيخ عز الدين :

ضابط

هذا كله : أن الدعوى ، والشهادة ، والرواية المترددة بين مايقبل وبين مالايقبل ، لايجوز الاعتماد عليها ، إذ ليس حملها على مايقبل أولى من حملها على مالا يقبل ، والأصل عدم ثبوت المشهود به والمخبر عنه ، فلا يترك الأصل إلا بيقين ، أوظن يعتمد الشرع على مثله :

الشهادة على فعل النفس

فيه فروع :

منها : قول المرضعة : أشهد أنى أرضعته وفى الاكتفاء بذلك وجهان . أصحهما : القبول والثانى لا : لأنها شهادة على فعل النفس ، فلتقل إنه ارتضع منى .

ومنها : قول الحاكم بعد عزله : أشهد أنى حكمت بكذا ، وفيه وجهان : الصحيح عدم القبول :

ومنها : القسام إذا قسموا ثم شهدوا لبعض الشركاء على بعض ، أنهم قسموا بينهم واستوفوا حقوقهم بالقسمة ، والصحيح عدم القبول أيضا .

ومنها : لو شهد الأب وآخر أنه زوج ابنته من رجل ، وهى تنكر : قال السبكى : قياس المذهب أنها باطلة :

وقد فرق الأصحاب بين مسئلة المرضعة ومسئلة الحاكم والقاسم ، بأن فعل المرضعة غير مقصود ، وإنما المقصود وصول اللبن الى الجوف ، وأما الحاكم والقاسم ففعلهما مقصود ويزكيان أنفسهما ، لأنه يشترط فيه عدالتهما :

قال السبكى : وزيادة أخرى فى شرح كون فعل الحاكم والقاسم مقصودا ، أنه إنشاء يحدث حكما لم يكن ، لأن حكم الحاكم إلزام ورفع الخلاف ، وقسمة القاسم تمييز الحقين وهذه الأحكام حدثت من فعلهما من حيث هو فعلهما ، وأما فعل المرضعة فليس بإنشاء بل فعل محسوس ولم يترتب عليه حكم الرضاع من حيث هو فعلهما ، بل ولا يترتب عليه أصلا بل على مابعده وهو وصول اللبن إلى الجوف حتى لو وصل بغير ذلك الطريق حصل المقصود .

فبان الفرق بين المرضعة والحاكم والقاسم :

قال : والذى يشبه فعل الحاكم والقاسم ، تزويج الأب فانه إنشاء لعقد النكاح مترتب عليه : فاذا شهد به كان كشهادة الحاكم والقاسم سواء :

قال : وكذلك لو أن رجلا وكل وكيلا فى بيع داره ومضت مدة يمكن فيها البيع ، ثم عزله ثم شهد مع آخر أنه كان باعها من فلان قبل العزل . ينبغى أن يكون مثل الحاكم ولم أرها منقولة :

وقد ذكر الأصحاب : حكم إقراره ، ولم أرهم ذكروا حكم شهادته ، انتهى كلام السبكى .

ومنها : الشهادة على الزنا ، قال الهروى فى الأشراف يقول «أشهد أنى رأيت فلان بن فلان زنا بفلانة ، وغيب فرجه فى فرجها » .

وقال الرافعى فى الجرح : يشترط التعرض لسبب رؤية الجرح أوسماعه ، فلابد أن يقول «رأيته يزنى» و«سمعته يقذف» ومقتضى ذلك ، الاتفاق على قبول هذه الصيغة فى الجرح :

ومنها : قال ابن الرفعة فى الكفاية : إذا تحمل الشهادة على الإقرار من غير استدعاء ولاحضور عنده قال فى شهادته «أشهد أنى سمعته يقر بكذا» ولايقول «أقر عندى» :

[قال السبكي : وهو في الحاوي للماوردي : هكذا قال : ورأيته أيضا في أدب القضاء للكرابيسي صاحب الشافعي ؛

ومنها : قال ابن أبي الدم : يقول شاهد النكاح « حضرت العقد الجاري بين الزوج والمزوج ، وأشهد به » ومن الناس من يقول « أشهد أني حضرت » واللفظ الأول أصوب ولا يبعد تصحيح الثاني ، وهو قريب من الخلاف في المرضعة ؛

قال . ومثل هذا شهادة المرء برؤية الهلال : أن يشهد أن هذه أول ليلة من رمضان فيكتفي به استنادا إلى رؤية الهلال ، وإن قال « أشهد أني رأيت » ففيه النظر المتقدم .

قال السبكي : ويخرج منه أن في « أشهد أني رأيت الهلال » خلافا ، كالمرضعة ؛ والصحيح القبول ؛ قال : ولسنا نوافقه على ذلك ، بل نقبل قطعا ، وليس كالمرضعة ؛

قال : وممن صرح بقبول « أشهد أني رأيت الهلال » القاضي حسين ، والإمام ، والرافعي ، والهروي في الأشراف ، وابن سراقة من متقدمي أصحابنا . قال : ولا ريبة في ذلك ، ولا أعلم أحدا من العلماء قال بأنه لا يقبل ؛ وإنما هو بحث يجري بين الفقهاء ؛ وهو بين الفساد دليلا ونقلا ؛

قال : والسبب الذي أوجب لهم ذلك : ظن أنه مثل مسئلة المرضعة من جهة أنه أمر محسوس يترتب عليه حكم ؛

قال : وليس كذلك ؛ ووجه الالتباس : أن فعل المرضعة على الجملة ، فعل يترتب عليه أثر ، وأما رؤية الشاهد فليست فعلا ، وإنما هي إدراك ، والادراك من نوع العلوم لا من نوع الأفعال ؛ وتنصيص الشاهد عليها تحقيق لتيقنه وعلمه ؛

قال : وقد ذكر الأصحاب تعرض الشاهد للاستفاضة إذا كانت مستندة ، واختلفوا في قبوله ولا يتوهم جريان ذلك هنا ، لما في التعرض للاستفاضة من الايذان بعدم التحقق عكس التعرض للرؤية فإنه يؤكد التحقيق ؛ انتهى :

ضابط

لا تقبل شهادة التائب قبل الاستبراء ، إلا في صور :

أحدها : شاهد الزنا إذا وجب عليه الحد لعدم تمام العدد وتاب ، يقبل في الحال من غير استبراء على المذهب ؛

الثاني : قاذف غير المحصن ؛

الثالث : الصبي إذا فعل ما يقتضي تفسيق البالغ ؛ ثم تاب وبلغ تائبا : لم يعتبر فيه الاستبراء ؛

الرابع : مخفي الفسق إذا تاب وأقر وسلم نفسه للحد . ذكره الماوردي والروياني ؛

قال فى المهات : وهو ظاهر ؛ قال البلقينى : وهو متجه ؛

الخامس : المرتد ؛ ذكره الماوردى ؛

ومما لايحتاج فيه إلى الاستبراء فى غير الشهادة :

القاضى إذا تعين عليه القضاء ، وامتنع : عصى ؛ فلوأجاب بعدذلك ولى ولم يستبرأ ؛ لأنه لايمتنع إلا متأولا ؛

والولى إذا عضل عصى ؛ فلو زوج بعد ذلك صح بلا استبراء ؛

والغارم فى معصيته يعطى إذا تاب :

فائدة

لنا صورة يجب فيها على شاهد الزنا أن يؤدى الشهادة به ، وذلك إذا تعلق بتركه حد كما إذا شهد ثلاثة بالزنا ، ذكره الماوردى والرويانى ، ونقله فى الكفاية ؛

قال الأسنوى : وهو ظاهر ؛

باب الدعوى والبينات

قال الماوردى فى الحاوى : الدعوى على ستة أضرب : صحيحة ، وفاسدة ، ومجملة وناقصة ، وزائدة ، وكاذبة ؛

فالصحيحة : مااستجمعت فيها شروط الدعوى ؛

والفاسدة : مااختل منها شرط فى المدعى ، كما إذا ادعى المسلم نكاح المجوسية ؛ أو الحر الموسر نكاح أمة ، أوفى المدعى به ، كدعوى الميتة ، والخمر ، أوسبب الدعوى كدعوى الكافر شراء المصحف ، والمسلم ، وطلب تسليمه ، وكذلك من ذكر سببا باطلا لاستحقاقه ؛

والمجملة : كقوله : لى عليه شيء ، وهى الدعوى بالمجهول ؛ فلا تسمع ؛ إلا فى صور ستأتى ؛

والناقصة : إما لنقص صفة ، كقوله : لى عليه ألف ، ولا يبين صفتها ، أو شرط كدعوى النكاح من غير ذكر ولى ، وشهود ، وكلاهما لاتسمع ؛ إلا دعوى الممر فى ملك الغير ، أو حق إجراء الماء ، فلا يشترط تعيين ذلك بحد ، أوذرع ؛

بل يكفى تحديد الأرض ، والدار ؛

والزائدة : تارة لاتفسد ، نحو ابتعته فى سوق كذا ، أو على أن أرده بعيب إذا وجد ؛ وتارة تفسد ؛ نحو : ابتعته على أن يقيلنى إذا استقلته ؛

والكاذبة : هى المستحيلة : كمن ادعى بمكة أنه تزوج فلانة أمس بالبصرة ؛

قاعدة

كل آمين : من مرتهن ، ووكيل ، وشريك ، ومقارض ، وولى محجور ، وملتقط لم يتملك ، وملتقط لقيط ، ومستأجر ، وأجير : وغيرهم ، يصدق باليمين فى التلف على حكم الأمانة إن لم يذكر سببا ، أو ذكر سببا خفيا .

فان ذكر سببا ظاهرا غير معروف فلا بد من إثباته ، أو عرف عمومه لم يحتج إلى يمين ، أو عرف دون عمومه صدق بيمينه .

وكل أمين مصدق فى دعوى الرد على من ائتمنه إما جزما ، أو على المذهب ، إلا المرتهن والمستأجر .

قاعدة

إذا اختلف الغارم والمغروم له فى القيمة ، فالقول قول الغارم . لأن الأصل براءة ذمته .

قاعدة

إذا اختلف الدافع والقابض فى الجهة : فالقول قول الدافع ، إلا فى صور:

الأولى : بعث إلى بيت من لادين عليه شيئا . ثم قال : بعثته بعوض ، وأنكر المبعوث إليه فالقول قوله . قاله الرافعى فى الصداق .

الثانية : عجل زكاة ، وتنازع هو والقابض فى اشتراط التعجيل ، صدق القابض على الأصح .

الثالثة : سأله سائل وقال : إنى فقير ، فأعطاه : ثم ادعى دفعه قرضا ، وأنكر الفقير صدق الفقير : لأن الظاهر معه ، بخلاف ما إذا لم يقل إنى فقير : فالقول قول الدافع قاله القاضى حسين .

مسائل الدعوى بالمجهول خمس وثلاثون مسئلة

جمعها قاضى القضاة جلال الدين البلقينى ، ونقلتها من خطه شيخنا قاضى القضاة علم الدين عنه :

الأولى : دعوى الوصية بالمجهول صحيحة : فاذا ادعى على الوارث أن مورثك أوصى لى بثوب ، أو بشىء . سمعت .

الثانية : الاقرار بالمجهول : تسمع الدعوى به على المعتبر .

قال الرافعى : ومنهم من تنازع كلامه فيه ، وفيما ذكر نظر . فان الأرجح عنده أنه إذا أقر بمجهول حبس لتفسيره ، ولا يحبس إلا مع صحة الدعوى .

الثالثة : المفوضة إذا حضرت لطلب الفرض من القاضى تفريعا على أنه لايجب المهر بالعقد ، فانها تدعى بمجهول ؛

الرابعة : المتعة فيما إذا حضرت المفارقة بسبب من غير جهتها التى لاشطر لها ، أولها الكل بطلبها ؛ فانها تدعى بها من غير احتياج إلى بيان ، ثم القاضى يوجب لهامايقتضيه الحال من يسار وإعسار ، وتوسط ؛

الخامسة : النفقة تدعى بها الزوجة على زوجها من غير احتياج إلى بيان ؛ ثم القاضى يوجب مايقتضيه الحال من يسار ، وإعسار ، وتوسط ؛

السادسة : الكسوة ؛

السابعة : الأدم كذلك ؛

الثامنة : اللحم كذلك ، ويلتحق بهذه الأربعة : سائر الواجبات للزوجات ؛

التاسعة : نفقة الخادم ؛

العاشرة : كسوته وأدمه ؛

الحادية عشرة : الدعوى على العاقلة بالدية ، يختلف فرضها بحسب اليسار والتوسط فتجوز الدعوى بها من غير احتياج إلى بيان والقاضى يفرض مايقتضيه الحال ؛

الثانية عشرة : الدعوى بالغرة لا يحتاج فيها إلى بيان ، والقاضى يوجب غرة متقومة بخمس من الإبل ؛

الثالثة عشرة : الدعوى بنفقة القريب ؛ لايحتاج إلى بيان ، والقاضى يفرض ماتقتضيه الكفاية ؛

الرابعة عشرة : الدعوى بالحكومة ؛

الخامسة عشرة : الدعوى بالأرش عند امتناع الرد بالعيب القديم ؛

السادسة عشرة : الدعوى بأن له طريقا فى ملك غيره ، أو إجراء ماء فى ملك غيره ؛

[قال الهروى الأصح : أنه لايحتاج إلى إعلام قدر الطريق والمجرى ، ويكفى تحديد الأرض التى يدعى فيها ؛

السابعة عشرة : الواحد من أصناف الزكاة فى البلد المحصور أصنافه ، يدعى على المالك استحقاقه ؛ ثم القاضى يعين له مايراه ما يقتضيه حاله شرعا ؛

وقد تتعدد هذه الصورة بحسب الأصناف ، من جهة أن العامل يدعى استحقاقا ؛ والقاضى يفرض له أجرة المثل ؛ وكذا الغازى يفرض له مايراه لائقا بحاله فتبلغ ثمانية صور ؛

الثامنة عشرة : شاهد الوقعة يطلب حقه من الغنيمة ، ويدعى بذلك على أمير السرية والإمام يعين له مايقتضى الحال .

التاسعة عشرة : مستحق الرضخ المستحق يطلب حقه من الغنيمة ، كذلك ، وكذلك فيما إذا انفرد النساء ، والصبيان ، والعبيد بغزوة .

العشرون : المشروط له جارية مبهمة فى الدلالة على القلعة : يدعى بها على أمير السرية والإمام يعين له جارية من الموجودات : فى القلعة .

الحادية والعشرون : مستحق السلب إذا كان للمسلوب جنائب : فانه يدعى على أمير السرية عند الامام بحقه من جنيبة قتيله ، والإمام يعين له مايراه على الأرجح .

الثانية والعشرون : مستحق الفيء يدعى على عمال الفيء ، والغنيمة حقه ، والامام يعطيه ماتقتضيه حاجته .

الثالثة والعشرون : من يستحق الخمس سوى المصالح ، وذوى القربى يدعى ، وأحد منهم على عمال الفيء حقه ، والامام يعطيه مايراه مايقتضيه حاله شرعا .

وقد تتعدد هذه الصور إلى ست بحسب بقية الأصناف ، والفيء ، والغنيمة .

الرابعة والعشرون : من سلم عينا إلى شخص : فجحدها ، وشك صاحبها فى بقائها فلا يدرى : أيطالب بالعين ، أو بالقيمة ؟ فالأصح : أن له أن يدعى على الشك ، ويقول لى عنده كذا فان بقى فعليه رده ، وإن تلف فقيمته ، إن كان متقوما ، أو مثله ، إن كان مثليا .

الخامسة والعشرون : الوارث الذى يؤخذ فى حقه بالاحتياط : يدعى على من فى يده المال حقه من الإرث ، والقاضى يعطيه مايقتضيه الحال .

وقد تتعدد هذه الصور بحسب المفقود . والخنثى ، والحمل إلى ثلاث .

السادسة والعشرون : المكاتب . يدعى على السيد ماأوجب الله إيتاءه وحطه والقاضى يفعل مايقتضيه الشرع .

السابعة والعشرون : من يحضر لطلب المهر ، وهذه غير المفوضة . لأن المفوضة تطلب الفرض .

وقد تتعدد هذه الصورة بحسب الأحوال : من فساد الصداق ، ووطء الشبهة ، ووطء الأب جارية ابنه ، ووطء الشريك ، والمكرهة : إلى خمس صور .

فان قيل : هذه يحتاج فيها إلى التعيين . لأن الذى سبق فى المفوضة إنما هو تفريع على أنها لايجب لها بالعقد ، فدل على أنه إذا قلنا : يجب بالعقد ، يجب بالتعيين .

قلنا : ليس ذلك بمراد ، وإنما المراد بذلك : أن على قول الوجوب بالعقد تطالب بالمهر لابالفرض على أحد الوجهين كما ذكروه فى باب الصداق من أنا إذا قلنا : لايجب

المهر بالعقد وهو الأظهر فلها المطالبة بالفرض . فاذا أوجبناه بالعقد : فمن قال : يتشطر بالطلاق قبل المسيس ، وهو المرجوح : قال : ليس لها طلب الفرض ، لكن لها طلب المهر نفسه ، كما لو وطئها ووجب مهر المثل تطالب به لا بالفرض ، ومن قال : لا يتشطر قال : لها طلب الفرض .

وطلب الفرض والمهر ، كلاهما لا ينفك عن جهالة ، والقاضي ينظر في مهر المثل بما يقتضيه الحال .

الثامنة والعشرون : زوجة المولى . تطالبه بالفيئة ، أو الطلاق .

التاسعة والعشرون : جناية المستولدة . بعد الاستيلاد . يدعي فيها على الذي استولدها بالفداء الواجب ، والقاضي يقضي بأقل الأمرين : من قيمتها ، والأرش ، وكذلك إذا قتل السيد عبده الجاني ، أو أعتقه ، إذا كان موسرا فانه يلزمه الفداء ، ويدعي به ، والقاضي يقضي بأقل الأمرين .

وإذا أفردت الصورتان انتهت إلى ثلاث .

الثلاثون : يلزمه إذا جنى على عبد في حال رقه فقطع يده مثلا ، ثم عتق ومات بالسراية . فوجبت فيه دية حر : فان للسيد فيها على أصح القولين أقل الأمرين : من كل الدية ونصف الدية . فاذا ادعى السيد على الجاني يطالبه بحقه من جهة الجناية والقاضي يقضي له مايقتضيه الحال .

الحادية والثلاثون : إذا قطع ذكر خنثى مشكل ، وأنثييه ، وشفريه ، وقال : عفوت عن القصاص وطلب حقه من المال . فانه يعطى المتيقن ، وهو دية الشفرين وحكومة الذكر ، والأنثيين . فلهذا يدعي به مبهما ، والقاضي يعين مايقتضيه الحال .

وفيه صور أخرى : فيها الأقل بتعدادها يكثر العدد .

الثانية والثلاثون : دعوى الطلاق المبهم جائزة ، ويلزم الزوج بالبيان إذا نوى معينة وبالتعيين إذ لم ينو ، فان امتنع حبس .

الثالثة والثلاثون : جنى على مسلم فقطع يده خطأ مثلا ثم ارتد المجروح ومات بالسراية فانه يجب المال على أصح القولين . والمنصوص ، أنه يجب أقل الأمرين ، من الأرش ، ودية النفس . فيدعي مستحق ذلك على الجاني بالحق والقاضي يقضي بما يقتضيه الحال .

ويلحق بهذه : ما يناظرها من الجنايات ، مما فيه أقل الأمرين .

الرابعة والثلاثون : إذا استخدم عبده المتزوج المكتسب ، فان عليه أقل الأمرين ، من النفقة ، وأجرة الخدمة . فتدعي زوجته على السيد نفقتها . والقاضي يوجب لها مايقتضيه الحال .

الخامسة والثلاثون : إذا أوصى لزيد وللفقراء بألف درهم مثلا ، فان لزيد أن يدعي

على الوارث بحقه مبهما ، والقاضي يقضي له بمذهبه بناء على أن المستحق له أقل متمول
وكل مافيه أقل الأمرين في غير الجنايات . يستفاد حكمه مما سبق .

وكل مافيه أقل متمول من غير ماذكر يستفاد حكمه مما ذكر ، والله تعالى أعلم .

وقال الغزي في أدب القضاء : الدعوى بالمجهول تصح في مسائل :

منها : كل ما كان المطلوب فيه موقوفا على تقدير القاضي ، فان الدعوى بالمجهول تسمع فيه ، كالمفوضة تطلب الفرض والواهب طلب الثواب ، إذا قلنا بوجوبه .

ومنها : الحكومات والمتعة ودعوى الكسوة والنفقة ، والأدم من الزوجة والقريب ؛

ومنها : الوصية والإقرار ؛

ومنها : ماذكره القفال في فتاويه : أنه لاتسمع الدعوى المجهول إلا الإقرار فالغصب إذا ادعى أنه غصب منه ثوبا مثلا .

ومنها : دعوى المهر على ماصححه الهروي وجزم به شريح الروياني وقال أبو علي الثقفي ، لابد من ذكر قدره ؛

قال الغزي : وقد يقال ، إن كان المرور مستحقا في الأرض من كل جوانبها فالأمر كما قال الهروي ، وإن كان حقه منحصرا في جهة من الأرض ، وهو قدر معلوم ، فيتجه ماقاله الثقفي ؛

ومنها : قال ابن أبي الدم ، إذا ادعى إبلا في دية ، أو جنينا في غرة ، لم يشترط ذكر وصفها لأن أوصافها مستحقة شرعا ؛

ومنها ؛ ذكر الرافعي في الوصايا ، أنه لو بلغ الطفل وادعى على وليه الإسراف في النفقة ولم يعين قدرا ؛ فان أولى يصدق بيمينه ؛ وظاهره سماع هذه الدعوى المجهولة ، لكنه قال في المساقاة : إذا ادعى المالك خيانة العامل ، فان بين قدر ماخان به سمعت دعواه وصدق العامل بيمينه ، وإلا فلا تسمع الدعوى للجهالة انتهى ؛

قال الغزي : وينبغي أن يكون كذلك في المسألة قبلها ،

قاعدة

إذا نكل المدعى عليه : ردت اليمين على المدعي ولا يحكم بمجرد النكول إلا في صور :

منها : إذا طلب الساعي الزكاة من المالك ، فادعى أنه بادر في أثناء الحول ، واتهمه الساعي : يحلفه ندبا ، وقيل : وجوبا فعلى هذا إذا نكل ، والمستحق غير محصورين أخذت منه الزكاة ولا يحلف الساعي ولا الإمام ؛

ومنها : الذمي إذا غاب وعاد مسلما ، وادعى أنه أسلم قبل السنة وأنكر عامل الجزية . ففيه مافي الساعي ؛

ومنها : إذا مات من لاوارث له ، فادعى الحاكم أومنصوبه على إنسان بدين للميت وجد فى تذكرته فأنكر ونكل . فقيل : يقضى بالنكول وصحح الرافعى أنه يحبس حتى يقر أو يحلف .

ومنها : قيم المسجد والوقف ، إذا ادعى للمسجد أوللوقف ونكل المدعى عليه فهل يرد على المباشر ؟ أوجه : أرجحها عند الرافعى : التفرقة بين أن يكون باشر سبب ذلك بنفسه فترد أولا فلا فلو ادعى إتلاف مال الوقف ونكل ؛ لاترد ثم قيل يقضى بالنكول وقيل يحبس حتى يقر أو يحلف .

ومنها : لو ادعى الأسير استعجال الإنبات بالدواء حلف ؛ فان أبى ، نص الشافعى أنه يقتل وهذا قضاء بالنكول .

ضابط

كل من ثبت له يمين فمات ، فانها تثبت لوارثه إلا فى صورة :

وهى : ماإذا قالت الزوجة نقلتنى ، فقال بل أذنت لحاجة فانه يصدق ؛ فان مات لم يصدق الوارث ، بل هى على المذهب .

قاعدة

قال الرويانى فى الفروق : كل ماجاز للإنسان أن يشهد به فله أن يحلف عليه ، وقد لايجوز العكس فى صور :

منها : أن يخبره الثقة أن فلانا قتل أباه أوغصب ماله ، فانه يحلف ولا يشهد ؛ وكذا لو رأى بخط مورثه أن له دينا على رجل أوأنه قضاه فله الحلف عليه إذا قوى عنده صحته ولايشهد بمثل ذلك لأن باب اليمين أوسع من باب الشهادة ، إذ يحلف الفاسق والعبد ومن لاتقبل شهادتهم ولا يشهدون .

قاعدة

اليمين فى الإثبات على البت مطلقا ، وفى النفى كذلك إن كان على نفى فعل نفسه ، أو عبده أودابته اللذين فى يده . وإن لم يكونا ملكه وإلافعلى من نفى العلم .

وقال فى المطلب : كل يمين على البت ، إلا نفى فعل الغير وهو ضبط مختصر ومع ذلك نقض بما ادعى المودع التلف ولم يحلف ، فان المذهب أن المودع يحلف على نفى العلم .

قاعدة

لاتسمع الدعوى والبينة بملك سابق ، كقولهم : كانت ملكه أمس مثلا حتى يقولوا ولم يزل أو لانعلم مزيلا ، إلا فى مسائل :

منها : إذا ادعى أنه اشتراه من الخصم من سنة مثلا، أو أنه أقر له به من سنة ، أو يقول المدعى عليه للمدعى ، كان ملكك أمس وهو الآن ملكى فيؤاخذ بإقراره ؛

ومنها : إذا شهدت بينة أحدهما بأن هذه الدابة ملكه نتجت فى ملكه ، فانها تقبل ، وتقدم على بينة الآخر إذا شهدت بالملك المطلق ، لأن بينة النتاج تنفى أن يكون الملك لغيره

والفرق بين ذلك وبين مالو شهدت بملكه من سنة مثلا : أن تلك شهادة بأصل الملك، فلا يقبل حتى يثبت فى الحال ، والشهادة بالنتاج شهادة بنماء الملك وأنه حدث من ملكه ، فلم يفتقر إلى إثبات الملك فى الحال .

فلو شهدت أنها بنت دابته فقط ، لم يحكم له بها لأنها قد تكون بنت دابته وهى ملك لغيره بأن يكون أوصى بها للغير وهى حمل ؛

ومثله : الشهادة بأن هذه الثمرة حصلت من شجرته فى ملكه ، وأن هذا الغزل حصل من قطنه والفرخ من بيضته والخبز من دقيقه ، ولا يشترط هنا أن يقولوا وهو فى ملكه ، كما شرطناه فى الدابة ؛

ومنها : لو شهدت بأنه اشتراها من فلان وهو يملكها ؛ فالراجح قبول هذه البينة ، بخلاف الشهادة بملك سابق ، وإن لم يقولوا : إنها الآن ملك المدعى ويقوم مقام قولهم « وهو يملكها » قولهم « وتسلمها منه ، أو سلمها إليه » ؛

ومنها : إذا ادعى أن مورثه توفى وترك كذا وأقام بينة به ، فالأصح أنها تقبل وليست كالشهادة بملك سابق ؛

ومنها : لو شهدت بأن فلانا الحاكم حكم للمدعى بالعين ولم يزيدوا على ذلك ، فانه يحكم له بالعين لأن الملك ثبت بالحكم ، فيستصحب إلى أن يعلم زواله وقيل : يشترط أن يشهد بالملك فى الحال ؛

قاعدة

لاتلفق الشهادتان إلا أن يطابقا لفظا ومعنى ومحلا ، كما إذا شهد واحد بالإبراء وآخر بالتحليل ، فانها تلفق وتسمع ؛

ومن فروع عدم التلفيق : مالو شهد واحد بالبيع وآخر على إقراره به أو واحد بالملك المدعى وآخر على إقرار ذى اليد به له ؛

قاعدة

مالايجوز للرجل فعله بانفراده لايجوز له أن يطلب استيفاءه أو يدعى به كالقصاص المشترك بين الاثنين ، وكاسترداد نصف وديعة استودعها اثنان ، فى أحد القولين ؛

ومنه مسئلة الدعوى فى الأوقاف بسبب الريع ونحوه .

قال الأذرعى : الظاهر - فقها لانقلا - أنها تسمع ، والبينة على الناظر دون المستحق؛ كولى الطفل ؛ قال : فلو كان الوقف على جماعة معينين لاناظر لهم ، بل كل واحد ينظر فى حصته بشرط الواقف فلابد من حضور الجميع ، فلو كان الناظر عليهم القاضى فلابد من حضورهم لتكون الدعوى والحكم فى وجه المستحق ؛

قاعدة

كل من كان فرعا لغيره لم تسمع دعواه بما يكذب أصله ؛

فمنه : لو ثبت إقرار رجل بأنه من ولد العباس بن عبد المطلب ومات ، فادعى ولده أنه من نسل على بن أبى طالب لم تسمع دعواه كما أفتى به ابن الصلاح ؛

من تسمع دعواه فى حالة ولا تسمع فى أخرى

وفيه فروع :

منها : لاتسمع دعوى العبد على سيده أنه أذن له فى التجارة ، فان اشترى شيئا وجاء البائع يطلب ثمنه ؛ فأنكر السيد الإذن وحلف ، فللعبد أن يدعى على سيده مرة أخرى ، رجاء أن يقر ، فيسقط الثمن عن ذمته ؛

ومنها : لاتسمع دعوى الأمة الاستيلاد من السيد ، قاله الرافعى ؛

قال السبكى فى الحلبيات : ومحله إذا أرادت إثبات نسب الولد ، فان قصدت إثبات أمية الولد لتمتنع بيعها وتعتق بموته ، سمعت وحلف ؛

ومنها : إذا حضر شخص وبيده وصية من شخص وفيها أقارير ووصايا سمعت دعواه لإثبات أنه وصى فقط ، فأما الوصايا والأقارير فلا تسمع دعواه فيها للمستحقين ، لأنه لاولاية له عليهم ، صرح به الدبيلى ؛

ومنها : قال شريح الرويانى ، إذا ادعى شخص على آخر أنه يدعى عليه مالا أو غصبا أو شراء شىء منه ، لم تسمع ؛ لأنه إخبار عن كلام لايضر ، فلو قال : إنه يدعى ذلك ويقطعه عن أشغاله ويلازمه ، وليس له عليه مايدعيه ، ولا شىء منه أو يطالبه بذلك بغير حق ، سمعت ؛

وقال الشافعى : لو حضر رجلان وادعى كل منهما دارا وأنها فى يده لم تسمع الدعوى فان قال أحدهما : هى فى يدى ، وهذا يعترض على فيها بغير حق ، أو يمنعنى من سكناها سمعت .

وقال الماوردى : إذا ادعى أنه يعارضه فى ملكه ، لم تسمع إلا أن يقول : إنه يتضرر فى بدنه بملازمته له أو فى ملكه بمنعه التصرف فيه ، أو فى جاهه بشياع ذلك عليه : فتسمع

ويشترط بيان ماتضرر به من هذه الوجوه ، وأنه يعارضه في كذا بغير حق ، فيوجه الحاكم المنع إليه ؛

قال الغزى : ويؤخذ من هذا دعوى المعارضة فى الوظائف بغير حق ، فتسمع بالشرط المذكور ، فاذا ثبت ذلك بطريقه منع الحاكم من المعارضة ؛

قاعدة

لابد فى الدعوى على الغائب من يمين مع البينة وجوبا على الأصح ؛

ويستثنى مسائل :

منها : لو كان للغائب وكيل حاضر ، فلا حاجة إلى اليمين مع البينة على الأصح ؛

ومنها : لو ادعى وكيل غائب دينا له على ميت ، ولاوارث له إلا بيت المال وثبتت وكالته والدين ، فيسقط اليمين هنا ، كما قالوه فيما لو ادعى وكيل غائب على غائب أو حاضر ؛ قاله السبكى ؛

ومنها : لو وكل وكيلا بشراء عقار فى بلد آخر ، فاشتراه من مالكه هناك وحكم به حاكم ونفذه آخر ثم أحضره إلى بلد التوكيل ، فطلب من حاكم بلده تنفيذه ؛ فانه ينفذه ولا يمين على الموكل ، كما أفتى به جمع ممن عاصر النووى ، مع أنه قضاء على غائب ؛

ومنها : لو شهدا حسبة على إقرار غائب أنه أعتق عبدا له حكم عليه بالعتق من غير سؤال العبد ولايحتاج إلى يمين ، قاله ابن الصلاح ؛

قال الغزى : ويجىء مثله فى الطلاق وحقوق الله تعالى المتعلقة بشخص معين ؛

ومنها : لو كانت الحجة شاهدا ويمينا ؛ ففى وجه أنه لايحتاج إلى يمين آخر والأصح خلافه ؛

الصور التى لاتسمع فيها دعوى

من ليس بولى ولا وكيل حقا لغيره قصد التوصل إلى حقه

منها : لو اشترى أمة ثم ادعى على البائع أنه غصبها من فلان ، وأقام بينة على إقراره قبل البيع بذلك ، سمعت ؛ لأنه يثبت حقا لنفسه ؛ وهو فساد البيع ؛

ومنها : لو أحضر شخصا إلى مجلس القاضى ، وقال : لى على فلان الغائب دين ، وهذا وكيله ، وغرضى أن أدعى فى وجهه ، وأنكر الحاضر الوكالة : ففى وجه : تسمع لأن له فيه غرضا ، وهو الخلاص من اليمين للحكم ، ولكن الأصح خلافه

قاعدة

فى الحديث « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » أخرجه بهذا اللفظ البيهقى من حديث ابن عباس ؛

قال الرافعي : وضابط من يحلف أنه كل من يتوجه عليه دعوى صحيحة ، ويقال أيضا : كل من توجهت عليه دعوى او أقر بمطاوبها ألزم به فأنكر ، يحلف عليه ، ويقبل منه ؛

وجزم بهذه العبارة في المحرر والمنهاج ؛

ويستثنى من هذا الضابط صور ؛

منها : القاضي لايحلف على تركه الظلم في حكمه ؛

ومنها : الشاهد لايحلف أنه لم يكذب ؛

ومنها : لو قال المدعى عليه أنا صبي ، لم يحلف ، ويوقف حتى يبلغ ؛

ومنها : في حدود الله تعالى .

ومنها : منكر أن المدعي وكيل صاحب الحق .

ومنها : الوصي .

ومنها : القيم ؛

ومنها : السفيه في إتلاف المال ، لايحلف على الأصح ؛

ومنها : منكر العتق إذا ادعى على من هو في يده أنه أعتقه ، وآخر : أنه باعه منه ، فأقر بالبيع ؛ فانه لايحلف للعبد ؛ إذ لو رجع لم يقبل ، ولم يغرم ؛

ومنها : إذا ادعت الجارية الاستيلاد وأنكر السيد أصل الوطء ؛ فالأصح في أصل الروضة : أنه لايحلف ، وحمله السبكي على ماإذا كانت المنازعة لاثبات النسب ؛ كما تقدم ؛

ومنها : من عليه الزكاة إذا ادعى مسقطا ، لايحلف وجوبا على الأظهر ؛ مع أنه لو أقر بالدعوى ألزم ؛

ومنها : لو حضر عند القاضي ، وادعى أنه بلغ رشيدا ، وأن أباه يعلم ذلك وطلب يمينه ، لايحلف الأب ؛ على الصحيح ؛ مع أنه لو أقر بذلك انعزل عنه .

مالا يثبت إلا بالاقرار ولا يمكن ثبوته بالبينة

فيه فروع :

منها : القتل بالسحر ؛ يثبت بالإقرار دون البينة ، لعدم إمكان إطلاعها عليه ؛ كذا قاله الرافعي وغيره . قال ابن الرفعة : ويمكن ثبوته بالبينة ، بأن يقول : سحرته بالنوع الفلاني من السحر ؛ فيشهد عدلان كانا من أهل السحر ثم تابا : أن هذا النوع يقتل .

ومنها : قال الرافعي : إنما ثبتت شهادة الزور باقرار الشاهد أو علم القاضي ، بأن شهدوا بشيء يعلم خلافه ، ولا تثبت بقيام البينة ؛ لأنها قد تكون زورا ؛

ومنها : وضع الحديث ، لايثبت بالبينة بل باقرار الواضع ؛

ومنها : النسب والحج عن الغير : لكن صرحوا بأنه لو قال لعبده : إن حججت في هذا العام فأنت حر . فأقام بينة على حجه ، سمعت وعتق . قال الغزى : ولعل المراد إقامتها على أنه رؤى بعرفة وتلك المشاهد ، لاأنه حج ؛

مالا يثبت إلا بالبينة ولا يثبت بالاقرار

وهو كل موضع ادعى فيه على ولى ، أو وصى ، أو وكيل ، أو قيم ، أو ناظر وقف :

من يقبل قوله بلا يمين

فيه فروع :

منها : من ادعى مسقطا للزكاة ، كما تقدم ؛

ومن صوره ، أن يقول المالك : هذا النتاج بعد الحول ، أو من غير النصاب ، وقال الساعى : قبله ، أو منه ، فالقول قول المالك ، لأن الأصل براءته ، فان اتهمه الساعى ، حلفه : وهل اليمين مستحبة أو واجبة ؟ وجهان : أصحهما الأول ؛

وكذا لو قال : لم يحل الحول ، أو بعت المال أثناءه ، ثم اشتريته ، أو فرقت الزكاة بنفسى ، أو هذا المال وديعة عندى ، لاملكى ، وكذبه الساعى ، فى الصور كلها ؛

ومنها : لو اكترى من يحج عن أبيه مثلا ، فقال المكرى : حججت ، قال الدبيلى يقبل قوله ، ولا يمين عليه ولا بينة ، لأن تصحيح ذلك بالبينة لايمكن ؛

وكذا لو قال للأجير : فقد جامعت فى إحرامك فأفسدته : لم يحلف أيضا ، ولا تسمع هذه الدعوى ، فلو أقام بينة بجماع وقال : كنت ناسيا : قبل قوله ، ولا يمين عليه ، وصح حجه ، واستحق الأجرة ؛

وكذا لو ادعى أنه جاوز الميقات بغير إحرام ، أو قتل صيدا فى إحرامه ، ونحو ذلك لم يحلف ، لأنه من حقوق الله تعالى ، وهو أمين فى كل ذلك ، انتهى ؛

ومنها : إذا طلب الأب والجد الاعفاف ، وادعى الحاجة ، فانه يصدق بلا يمين ، إذ لايليق بمنصبه تحليفه فى مثل ذلك .

ومنها : لو ادعى على القاضى أنه حكم بعبدين ، فانه يصدق بلا يمين ، فيما صححه الرافعى ، ووافقه النووى فى الروضة فى الدعاوى وخالفه فى القضاء ؛

واختار السبكى والبلقينى ما صححه الرافعى ؛

من يقبل قوله فى شىء دون شىء

فيه فروع:

منها : المطلقة ثلاثا ، إذا نكحت زوجا وادعت أنه أصابها : يقبل فى حلها للزوج الأول : لافى استحقاق المهر على الزوج الثانى ؛

ومنها : العنين إذا ادعى الوطء قبل قوله ، لدفع الفسخ ، لالثبوت العدة والرجعة فيه لو طلق ؛

ومنها : المتزوجة بشرط البكارة فادعت زوالها بوطئه : تقبل : لعدم الفسخ ، ويقبل الزوج لعدم تمام المهر ؛

ومنها : مدعى الانفاق ، وقد علق الطلاق على تركه : تقبل فى عدم وقوع الطلاق ، وتقبل الزوجة فى عدم سقوط النفقة : على ماقاله القاضى ؛

ومنها : المولى : إذا ادعى الوط يقبل فى عدم الطلاق عليه ، ولا يقبل فى ثبوت الرجعة : لو طلق وأرادها ، على الصحيح ؛ لأنا إنما قبلنا قوله فى الوطء للضرورة ، وتعذر البينة ؛

ومنها : الوكيل : يدعى قبض الثمن من المشترى وتسليمه إلى البائع : يقبل قوله : حتى لايلزمه الغرم ، إذا أنكر الموكل ، لو استحق المبيع ورجع بالعهدة عليه . لم يكن له أن يغرم الموكل ، لأنا إنما جعلناه أمينا وقبلنا قوله فى أن لايغرم شيئا بسبب ماأؤتمن فيه : فأما فى أن يغرم المؤتمن شيئا فلا ؛

ومنها : إذا أوضحه موضحتين ، ورفع الحاجز ، وقال : رفعته قبل الاندمال ، فعاد الأرشان إلى واحد ، وقال وقال المجنى عليه : بل بعده فعليك أرش ثالث : أصدق المجنى عليه فى استقرار الأرشين ، ولا يصدق فى ثبوت الثالث على الصحيح ؛ لأنا إنما قبلناه فى عدم سقوط ماوجب فلا نقبله فى ثبوت مال على الغير لم يثبت موجبه ؛

باب الكتابة

ضابط

المكاتب أقسام :

الأول : كالحر جزما فيما هو مقصود الكتابة : كالبيع ، والشراء ، ومعاملة السيد والنفقة عليه من كسبه ؛

الثانى : كالقن جزما : فى بيعه برضاه ، وقتله ؛

الثالث : كالحر على الأصح . فى منع بيعه ، وعدم الحنث إذا حلف لاملك له وله مكاتب :

الرابع : كالتن على الأصح فى نظره لسيدته ؛ حيث لاوفاء معه ؛

ضابط

الكتابة الفاسدة كالصحيحة إلا فى أمور ؛

أحدها : الحظ ؛

الثانى : يمنع من السفر ؛

الثالث : لايعتق بالابراء ؛

الرابع : الاعتياض ؛

الخامس : ينفسخ بالفسخ ، والموت ، والحجر ، والجنون ؛

السادس : تصح الوصية برقبته ؛

السابع : لايصرف إليهم سهم المكاتبين ؛

الثامن : على السيد فطرته ؛

التاسع : يصح التصرف فيه بيعا وغيره ؛

العاشر : لا يملك السيد ما يأخذه ، بل يرده ، ويرجع إلى قيمته ، إن كان متقوما ؛

الحادى عشر : لايعامل السيد ؛

الثانى عشر : لايعتق بأداء النجوم ؛ لأن الصفة لم توجد على وجهها ؛

الثالث عشر : لايجب استبراؤها لو عجزت ، أو فسخت ؛

ذكر ذلك فى الروضة وأصلها ؛ وما بعده من تصحيح المنهاج للبلقينى ؛

الرابع عشر ، لاتنقطع زكاة التجارة فيه ، لتمكنه من التصرف فيه ؛

الخامس عشر : له منعه من صوم الكفارة حيث يمنع القن ؛

السادس عشر : له منعه من الاحرام وتحليله ؛

السابع عشر : لاتكفى فى إزالة سلطنة سيده الكافر عنه ؛

الثامن عشر : ليست فى زمن الخيار فسخا ولا إجازة ؛

التاسع عشر : لاتمنع رده بالعيب ؛

العشرون : ولا الاقالة فيه ؛

الحادى والعشرون : ولا جعله رأس مال سلم ، ولا أداؤه عن سلم لزمه ؛

الثانى والعشرون : ولا اقتراضه ؛

الثالث والعشرون : لايجوز أن يكون وكيلا عن المرتهن فى قبض العين المرهونة من سيده ، ولا عن معاملة سيده فى صرف ، أو سلم ، أو غيرهما ؛

الرابع والعشرون : لبائعه فسخ البيع إذا أفلس المشترى، وكان قد كاتبه كتابة فاسدة وبيع فى الدين ؛

الخامس والعشرون : لاتصح الحوالة عليه بالنجوم .

السادس والعشرون : لايصح التوكيل بالفاسدة من السيد بلا تضرر من الوكيل ، لغلبة التعليق ، ويحتمل الجواز ، لشائبة المعاوضة .

السابع والعشرون : لايوكل السيد من يقبض له النجوم ، ولا العبد من يؤديها عنه رعاية للتعليق ؛

الثامن والعشرون : يصح إقرار السيد به كعبده القن ؛

التاسع والعشرون : لايصح إقراره بما يوجب مالا متعلقا برقبته ، بخلاف المكاتب كتابة صحيحة ؛

الثلاثون : يقبل إقرار السيد على المكاتب كتابة فاسدة بما يوجب الأرش ، بخلاف الصحيحة ؛

الحادى والثلاثون : للسيد أن يجعله أجرة فى الإجارة ، وجعلا فى الجعالة ، ويكون ذلك فسخا .

الثانى والثلاثون : إذا كان الفرع ،اوهبه له أصله كتابة فاسدة بعد قبضه باذنه : فللأصل الرجوع فيه ويكون فسخا .

الثالث والثلاثون : لاتصح الوصية بأن يكاتب عبده فلان كتابة فاسدة ؛

الرابع والثلاثون : الفاسدة الصادرة فى المرض ليست فى الثلث ، بل من رأس المال لأخذ السيد القيمة من رقبته .

الخامس والثلاثون : لايمتنع نظره إلى مكاتبه كتابة فاسدة

السادس والثلاثون : المعتبر فى الفاسدة ، جواب خطبتها من السيد، بخلاف الصحيحة فان المعتبر جوابها ؛

السابع والثلاثون : السيد يزوج المكاتبة كتابة فاسدة إجبارا ، ويكون فسخا ، ولا يجبر المكاتبة كتابة صحيحة ؛

الثامن والثلاثون : للسيد منع الزوج من تسلمها نهارا كالقنة ، بخلاف المكاتبة كتابة صحيحة . يلزمها تسليم نفسها ليلا ونهارا . كالحرة ؛

التاسع والثلاثون : للسيد المسافرة بها ، وله منع الزوج من السفر بها ؛

الأربعون : ليس لها حبس نفسها لتسليم المهر الحال ؛

الحادى والأربعون : للسيد تفويض بضعها وله حبسها للفرض ، وتسليم المفروض لالها ؛

الثانى والأربعون : إذا زوجها بعبده لم يجب مهر ؛

الثالث والأربعون : يجوز جعلها صداقا ، ويكون فسخا ؛

الرابع والأربعون : إذا كاتبت الزوجة العبد الذى أصدقها الزوج إياه ، ثم وجد من الفرقة قبل الدخول مايقتضى رجوع الكل ، أو النصف إلى الزوج : فلا يرجع بذلك فى الصحيحة ، ولها غرامة بدله ، وترجع به فى الفاسدة ، ويكون فسخا للكتابة ؛

الخامس والأربعون : يخالع على المكاتبة كتابة فاسدة ، ويكون فسخا ؛

السادس والأربعون : لا يجب لها مهر بوطء سيدها لها ، ويستمر تحريم أختها وخالتها وعمتها فى الوطء بملك اليمين ، وفى عقد النكاح .

السابع والأربعون : أرش جنايته يتعلق برقبته ابتداء ، كالقن ، ولا أرش له فيما إذا جنى عليه السيد ؛

الثامن والأربعون : لايدعى فى قتل عبده فى محل اللوث ولا غيره ، ولايقسم ، وذلك يتعلق بسيده ، بخلاف المكاتب كتابة صحيحة .

التاسع والأربعون : إذا حجر على السيد بالردة ، وقلنا إنه حجر فلس ، وماله لا يفى بديونه . فلبائعه الرجوع فيه ، ولا يمنعه من ذلك الكتابة الفاسدة ؛

الخمسون : إذا سرقه سارق ، وهو نائم ، وكان بحيث لو انتبه لم يقدر على دفع السارق . فانه يثبت الاستيلاء عليه ، والأرجح : أنه يقطع ، لأنه مال أخذ من حرز ، بخلاف المكاتب كتابة صحيحة . فانه ليس بمال : فلا قطع فيه .

الحادى والخمسون : يحنث سيد المكاتب كتابة فاسدة فى حلفه أنه لا مال له ، ولا عبد ، ولو حلف لا يكاتب ، أو ليكاتبن ، أو لا يكلم مكاتب فلان . تعلق البر والحنث بالكتابة الصحيحة دون الفاسدة ؛

الثانى والخمسون : لا يعتق بأداء غيره عنه ؛

الثالث والخمسون : له إعتاقه عن الكفارة على المنصوص ؛

الرابع والخمسون : يعتق بأخذ السيد فى حال جنونه كذا ذكروه ، وقال الرافعى : ينبغى أن لا يعتق لأنه لم يؤخذ من العبد .

الخامس والخمسون : إذا كاتب عبيدا صفقة واحدة كتابة فاسدة ، وقال : إذا أديتم إلى كذا فأنتم أحرار ، لم يعتق واحد منهم بأداء حصته على الأقيس ؛

السادس والخمسون : ينفسخ بموت غير السيد وغير المكاتب وهو من جعل القبض منه أو قبضه شرطا فى العتق .

السابع والخمسون : له حمل المكاتب كتابة فاسدة إلى دار الحرب ؛ إذا كان كافرا ؛

الثامن والخمسون : لاتستحب إذا طلبها العبد ؛ بل تحرم إذا طلبها على عوض محرم ؛

التاسع والخمسون : يكفى فى الصحيحة نية قوله : فاذا أديت إلى فأنت حر، وإن لم يتلفظ به بخلاف الفاسدة لايكتفى فيها بنية ذلك ، لأن التعليق لايصح بالنية ؛ وإنما صح فى الصحيحة لغلبة المعاوضة ؛

الستون : لو عين فى الفاسدة موضعا للتسليم يتعين مطلقا لأجل التعليق بخلاف الصحيحة فانه إذا أحضره فى غير المكان المعين فقبضه وقع العتق ؛

باب أم الولد

ضابط

ولد أم الولد يعتق بموت السيد ، إلا فى صورتين :

المرهونة المقبوضة ، والجانية جناية تتعلق بالرقبة : اذا استولدها مالكها المعسر ، لم ينفذ الاستيلاد ، فتباع ؛

فاذا ولدت بعد البيع من زوج أو زنا ، ثم اشتراها السيد الأول مع ولدها ؛ ثبت لها حكم الاستيلاد دونه : فتعتق بموته ، دونه فى الأصح ؛

باب الولاء

ضابط

لايتصور أن يكون الولد حرا أصليا لاولاء عليه والأبوان رقيقان، إلا فى ثلاث صور:

اللقيطة تقر بالرق بعد الولادة ؛

والمغرور بحرية أمه ، فان أولاده أحرار ؛

والسبى بأن يسترق الأبوان والأولاد أحرار ؛

الكتاب السادس

فى أبواب متشابهة

وما افترقت فيه

ما افترق فيه اللمس والمس

افترقا فى سبعة أشياء :

الأول : أن شرط اللمس اختلاف النوع ؛

الثانى : شرطه تعدد الشخص ؛

الثالث : يكون بأىّ موضع كان ، من البشرة ، والمس يختص ببطن الكف ؛
الرابع : ينقض الملموس أيضا بخلاف الممسوس ؛
الخامس : لايختص بالفرج ؛
السادس : يختص بالأجانب ؛
السابع : لاينقض العضو المبان ، بخلاف الذكر المبان فى الأصح ؛

ماافترق فيه الوضوء والغسل

افترقا فى أحكام :

الأول : يصح الوضوء بنيته فقط ، ولايصح الغسل بنيته فقط حتى ينضم إليه الفرض أو الأداء ؛

الثانى : يصح الوضوء بنية رفع الحدث الأكبر غالطا ، ولايصح الغسل بنية رفع الحدث الأصغر غالطا ، بل يرتفع عن الوجه واليدين والرجلين فقط ؛

الثالث : يسن تجديد الوضوء دون الغسل ؛
الرابع : يمسح فيه الخف ، بخلاف الغسل ؛
الخامس : يجب فيه الترتيب ، بخلاف الغسل ؛
السادس : تستحب فيه التسمية بالاتفاق ، وفى الغسل وجه : أنها لاتستحب للجنب
السابع : يسن أن لاينقص ماؤه عن مد ، وللغسل صاع ؛
الثامن : يسن التثليث فيه اتفاقا ، وفى وجه لايسن فى الغسل ؛
قال فى الإقليد : ولاأصل له فى غير الرأس ، ولم يذكره الشافعى ؛

ماافترق فيه غسل الرجل ومسح الخف

افترقا فى أمور :

الأول : لايتأقت الغسل بمدة بخلاف المسح ؛
الثانى : يرفع الحدث بلا خلاف ، وفى المسح قول ، أنه لايرفع ؛
الثالث : يجوز غسل الرجل المغصوبة بلا خلاف ، وفى الخف المغصوب قول : إنه لايمسح ، وصورة الرجل المغصوبة أن يستحق قطع رجله ، فلا يمكن منها ؛ ذكره البلقينى
الرابع : غسل الرجل بثلاث ، بخلاف مسح الخف ؛
الخامس : يجب تعميم الرجل دون الخف ؛
السادس : لاتنقضه الجنابة ، بخلاف المسح ؛
السابع : أنه أفضل من المسح ؛

ما افترق فيه الرأس والخف

افترقا فى ثلاثة أمور :

الأول : لايكره غسل الرأس ، ويكره غسل الخف ؛

الثانى : يسن تثليث الرأس ، ويكره تثليث الخف ؛

الثالث : يسن استيعاب الرأس ، ويكره استيعاب الخف ؛

والعلة فى الثلاث : أنه يفسده ؛

ما افترق فيه الغرة والتحجيل

افترقا فى أنه إذا تعذر غسل اليد أو الرجل بقطع ونحوه ؛ استحب غسل موضع التحجيل لئلا يخلو الموضع عن طهارة ، بخلاف ما إذا تعذر غسل الوجه لعلة ؛ لايستحب غسل موضع الغرة ، كما صرح به الإمام اكتفاء بمسح الرأس والأذنين والرقبة ، فلم يخل الموضع عن طهارة ؛

ما افترق فيه الوضوء والتيمم

قال البلقينى فى التدريب : ينقص التيمم عن الوضوء فى إحدى عشرة مسألة :

الأولى : كونه فى الوجه واليدين فقط ؛

الثانية : لايجب إيصاله منبت الشعر الخفيف ؛

الثالثة : لايجمع به بين فرضين .

الرابعة : لايجوز قبل الوقت ؛

الخامسة : لايجوز إلا لعذر ؛

السادسة : لابد من تقديم الاستنجاء ؛

السابعة : لابد من تقديم إزالة النجاسة على رأى مرجح ؛

الثامنة : لابد من تقديم الاجتهاد ، على رأى .

التاسعة : لايرفع الحدث .

العاشرة : لايمسح به الخف ؛

الحادية عشرة : لايباح به الفرض حتى ينويه ؛

قلت : ويزاد عليها ، أنه يبطل بالردة ، ولا يسقط الفرض مطلقا ، ولايسن تجديده ، ولاتثليثه ، ويسن فيه النفض ، ولا يصح نية الفرضية ، ولاغيرها ، سوى الاستباحة ، ويستوى فيه الحدث الأصغر والأكبر ، ولايكفى النية فيه عند الوجه ، بل يجب عند النقل أيضا ، ويجب فيه نزع الخاتم ، وهو فى الوضوء سنة ؛

فكملت عشرون ؛

ما افترق فيه مسح الجبيرة والخف

افترقا في أمور :

الأول : يجب غسل عضو الجبيرة مع مسحها ، بخلاف عضو الخف ، وفيها قول قياسا على الخف .

الثاني : يجب تعميمها بالمسح ، ويكفي في الخف أقل جزء ، وفيها وجه قياسا عليه .

الثالث : يجب مسحها بالتراب في وجه ، ويستحب على الأصح ، كما في شرح المهذب خروجا من الخلاف ، ولا يجرى ذلك في الخف بحال .

الرابع : لا تقدر بمدة ، بخلافه ، وفيها وجه قياسا عليه .

الخامس : شرط الخف أن يلبس على طهر تام ، ويكفي في الجبيرة طهر محلها في وجه قال في الخادم : إنه الأشبه ، وصرح الإمام وصاحب الاستقصاء باشتراط الطهر التام فيها أيضا .

السادس : لا يجب نزع الجبيرة للجنابة ، بخلاف الخف ، والفرق أن في إيجاب النزع فيها مشقة ، ذكره في شرح المهذب .

السابع : ذكر الروياني في البحر أن ظاهر المذهب أن يجوز شد الجبائر بعضها على بعض ، والمسح عليها ، وإن قلنا لا يجوز المسح على الجرموقين ثم أبدى فيه احتمالا بالإعادة

الثامن : حكى صاحب الوافي عن شيخه أن مسح الجبيرة يرفع الحدث ، كالخف ، وفرق بينه وبين التيمم بأنه وجد في بعض الأعضاء مغسول ارتفع حدثه فاستتبع الممسوح بخلاف التيمم فإنه لم يوجد فيه ذلك ، فاعتبر بنفسه .

وقال ابن الرفعة : الخلاف في كونه يرفع الحدث لم أره منقولا ، لكنه مخرج مما سلف ، فان غلب فيه شائبة مسح الخف رفع ، أو التيمم فلا .

التاسع : ذكر ابن الرفعة وغيره أن شرط الطهارة في وضع الجبيرة لأجل عدم الإعادة لا لجواز المسح .

العاشر : قال في شرح المهذب ، لو كان على عضوه جبيرتان ، فرفع إحداهما لا يلزمه رفع الأخرى بخلاف الخفين ، لأن لبسهما جميعا شرط بخلاف الجبيرتين .

ما افترق فيه المني والحيض

افترقا في أمور :

الأول : لا ينقض المني الوضوء على الصحيح ، وينقضه الحيض على الصحيح .

الثاني : المني لا يحرم عبور المسجد ، والحيض يحرمه إن خافت التلويث .

الثالث ، والرابع : المنى لايحرم الصوم ولا يبطله إذا وقع فيه بلا اختيار ، والحيض يحرمه ويبطله .

الخامس : المنى طاهر ، والحيض نجس ؛

ما افترق فيه الحيض والنفاس

افترقا فى أمور :

أحدها : أن أقل الحيض محدود ، ولاحد لأقل النفاس ، وغالب الحيض ست ، أو سبع ، وغالب النفاس أربعون ، وأكثر الحيض خمسة عشر يوما ، وأكثر النفاس ستون

الثانى ، والثالث : أن الحيض يكون بلوغا واستبراء ، بخلاف النفاس .

الرابع ، والخامس ؛ الحيض لايقطع صوم الكفارة ، ولا مدة الإيلاء ، وفى النفاس وجهان.

ذكر هذه الخمسة فى شرح المهذب ؛

ما افترق فيه الأذان والاقامة

افترقا فى أمور :

الأول : أن الأذان يجوز قبل الوقت فى بعض الصلوات ؛ ولا تجوز الإقامة قبله بحال ولو أقام قبله بلحظة فدخل الوقت عقبه ، فشرع فى الصلاة لم يعتد بها . نص عليه ؛

الثانى : أنه يجوز أول الوقت ، وإن أخر الصلاة إلى آخره ، ولا تجوز الإقامة إلا عند إرادة الصلاة : فإن أقام وأخر بحيث طال الفصل ، بطلت .

الثالث : تسن الإقامة للثانية من صلاتى الجمع وغير الأولى من الفوائت ، ولا يسن الأذان لها ولا للأولى ، على الجديد أيضا ؛

الرابع : أنه مثنى وهى فرادى ؛

الخامس : يسن الأذان للصبح مرتين ، ولا تسن الإقامة إلا مرة ؛

السادس : يسن فيه الترجيع دونها ؛

السابع : يكره للمرأة أن تؤذن ، ويسن لها أن تقيم لأن فى الأذان رفع الصوت دونها : وهذا هو الثامن ؛

التاسع : تسن الإقامة للمنفرد ، ولا يسن الأذان له فى قول ، وهو الجديد ؛

العاشر : إقامة المحدث أشد كراهة من أذانه ؛

الحادى عشر : يسن فى الأذان الالتفات فى الحيعلتين وفاقا ، وفى الإقامة وجه أنه لا يسن فيها ، وآخر أنه إن كبر المسجد سن ، وإلا فلا .

الثانى عشر : يسن فيه الترسل وفيها الإدراج ؛

الثالث عشر : يجوز الاستئجار على الأذان على الأصح ، ولا يجوز للإقامة وحدها إذ لا كلفة فيها بخلافه .

ماافترق فيه سجود السهو والتلاوة

افترقا فى أمور :

الأول : أنه سجدتان ، وسجدة التلاوة واحدة :

الثانى : أنه فى آخر الصلاة بخلافه .

الثالث : أنه لايتكرر بخلافه :

الرابع : أنه يسجد لسهو إمامه وإن لم يسجد ، ولا يسجد لتلاوته إذا لم يسجد :

الخامس : أن الذكر المشروع فى سجود التلاوة لايشرع فى سجود السهو .

ماافترق فيه سجود التلاوة والشكر

افترقا فى أمرين :

أحدهما : أن سجود الشكر لايدخل الصلاة بخلافه :

الثانى : أن فى جوازه على الراحلة وجهين ، وسجود تلاوة الصلاة يجوز عليها قطعا :

ماافترق فيه الامام والمأموم

افترقا فى أمور :

الأول : أن نية الائتمام واجبة على المأموم ، ولا تجب على الامام إلا فى الجمعة ، أو لحصول الفضيلة .

الثانى : أن الامام لاتبطل صلاته ببطلان صلاة المأموم ، بخلاف العكس :

الثالث : إذا عين إمامه وأخطأ ، بطلت صلاته ، وإذا عين الامام المقتدى وأخطأ فلا .

الرابع : نية الائتمام فى أول الصلاة جزما ، وفى نية الامام خلاف مر فى الكتاب الأول .

ماافترق فيه القصر والجمع

افترقا فى أمور :

الأول : يختص القصر بالسفر الطويل قطعا ، وفى الجمع قولان :

الثانى : القصر فعله أفضل ، والجمع تركه أفضل ، خروجا من خلاف أبى حنيفة فانه يوجب القصر ويمنع الجمع ، ولأن الجمع فيه إخلاء وقت العبادة عنها ، بخلاف القصر .

الثالث : لايجوز القصر خلف متم ، ويجوز الجمع خلف من لايجمع .

الرابع : شرط القصر نيته فى الاحرام ، ويجوز نية الجمع بعده :

الخامس : لايجوز القصر فى غير السفر ، ويجوز الجمع فى الاقامة بالمطر والمرض :

ماافترق فيه الجمعة والعيد

افترقا فى أمور :

الجمعة واجبة وجوب عين ، ووقتها وقت الظهر ، ولا تقضى ، وشرطها العـدد ، وأربعون كاملون ودار الاقامة ، ولاتتعدد ، والخطبة قبلها ، وشرطها : القيام والطهارة والستر ، والعربية ، والجلوس بين الخطبتين ، ويندب كونها قصيرة ؛

ولا يجزئ غسلها قبل الفجر ، ويقرأ فيها الجمعة والمنافقون ؛

والعيد يخالفها فى كل ذلك .

وما ذكرته من كون القيام ، والجلوس سنة فى خطبتى العيد : صرح بالأول فى الروضة والثانى فى شرح المهذب ؛ وأما الطهارة والستر والعربية ، فصرح به الأسنوى :

وقال ابن القاص فى التلخيص : غسل الجمعة كالعيد إلا فى شيئين : عمومـه لمن حضر وغيره ، وجوازه قبل الفجر ؛

ماافترق فيه العيد والاستسقاء

افترقا فى أمور :

أحدها : يختص العيد بوقت ، وهو مابين ارتفاع الشمس والزوال ولا تختص صلاة الاستسقاء به فى الأصح .

الثانى : العيد يقضى بخلاف الاستسقاء ؛

الثالث : يقرأ فى العيد « ق » و « اقتربت » وفى الاستسقاء ، قيل يقرأ فى الثانية سورة « نوح » ؛

الرابع : صلاة العيد فى المسجد أفضل فى الأصح ، والاستسقاء فى الصحراء أفضل .

الخامس : خطبة العيد تفتتح بالتكبير ، وخطبة الاستسقاء بالاستغفار .

السادس : فى خطبة الاستسقاء من استدبار الناس وتحويل الرداء ماليس فى خطبة العيد ولا غيرها من الخطب ؛

ماافترق فيه غسل الميت وغسل الحى

افترقا فى عدم وجوب النية ، واستحباب التنشيف ؛

ووقع فى المنهاج : وأقله تعميم بدنه بعد إزالة النجس ، مع تصحيحه فى غسـل الحى عدم وجوب إزالة النجس ؛

فمنهم من قال : إنه إحالة على ماتقدم ؛ فلم يستدرك على الرافعى ، ومنهم من فرق بأن هذا آخر أحواله ؛ فناسب أن يكون على أكمل الأحوال ، فعلى هذا يفترقان ؛

ماافترق فيه زكاة الفطر وغيرها

افترقا فى أمور :

أحدها : أن وقتها محدود :

ثانيها : أن الدين يمنع وجوبها :

ثالثها : أن تأخيرها عن أول وقتها إلى يوم العيد أفضل ، والأفضل فى سائر الزكاة المبادرة بها أول ماتجب :

رابعها : أنه يجوز صرفها إلى واحد فى وجه ، ولايجزئ ذلك فى غيرها اتفاقا .

ماافترق فيه زكاة المعدن والركاز

افترقا فى أمور :

أحدها : أن فى الركاز الخمس ، وفى المعدن ربع العشر ، على الأصح .

ثانيها : تصرف زكاة المعدن مصرف الزكاة قطعا ، وفى الخمس قولان .

ثالثها : تصرف مصرف الفىء .

ما افترق فيه التمتع والقران

افترقا فى أمر واحد ، وهو أن فى اشتراط نية التمتع وجهين ، ولا خلاف فى نية القران :

ما افترق فيه حرم مكة والمدينة

افترقا فى أمور :

أحدها : أن على قاصد حرم مكة الاحرام بحج أو عمرة ندبا أو وجوبا ، وليس ذلك فى المدينة .

الثانى : أن فى صيده وشجره الجزاء ، بخلاف حرم المدينة على الجديد ، وعلى القديم فيه الجزاء ، بسلب القاتل والقاطع ، بخلاف حرم مكة فان فيه الدم أو بدله . فيفترقان أيضا .

الثالث : لاتكره الصلاة فى حرم مكة فى الأوقات المكروهة ، بخلاف حرم المدينة :

الرابع : أن المسجد الحرام يتعين فى نذر الاعتكاف به ، بلا خلاف ، وفى مسجد المدينة قولان :

الخامس : لو نذر إتيان المسجد الحرام لزم إتيانه بحج أو عمرة ، بخلاف مالو نذر إتيان مسجد المدينة ، فانه لايلزمه إتيانه فى الأظهر :

السادس : الصلاة تضاعف فى المسجد الحرام زيادة على مضاعفتها فى مسجد المدينة مائة صلاة ، كما فى حديث أخرجه أحمد بسند صحيح :

السابع : أن التضعيف فى حرم مكة لايختص بالمسجد ، بل يعم جميع الحرم ، وفى المدينة لايعم حرمها ، بل و لا المسجد كله ، وإنما يختص بالمسجد الذى كان فى عهده صلى الله عليه وسلم ؛

الثامن : صلاة التراويح ، لأهل المدينة ست وثلاثون ركعة ، وليس ذلك لأهل مكة ولا غيرهم ؛

التاسع : تكره المجاورة بمكة ، ولا تكره بالمدينة ، بل تستحب ؛

ما افترق فيه السلم والقرض

افترقا فى أمور :

الأول : أن السلم يصح حالا ومؤجلا ، والقرض لايصح تأجيله ؛

الثانى : يجوز الاستبدال عن القرض ، ولايجوز عن المسلم فيه .

الثالث : يجوز السلم فى الجارية التى تحل للمسلم ، ولايجوز قرضها ؛

الرابع : المسلم فيه لايكون إلا فى الذمة ، والمقرض لايكون إلا معينا ؛

وفى زوائد الروضة عن المهذب ، لوقال : أقرضتك ألفا وقبل وتفرقا ثم دفع إليه ألفا ، فان لم يطل الفصل جاز ، وإلا فلا ، لأنه لايمكن البناء مع طول الفصل ، وهذا يقتضى جواز إيراد القرض على مافى الذمة . قال السبكى ، وهوغريب لم أره لغيره .

الخامس : يجوز السلم فى المنافع ، فيما نقله فى أصل الروضة فى باب السلم عن الرويانى وأقره وفى قرضها وجهان ، والمجزوم به فى زوائد الروضة عن القاضى حسين ، المنع .

السادس : لايجوز السلم فى العقار ، وفى قرضه وجهان .

ما افترق فيه حجر المفلس وحجر السفيه

افترقا فى أمور :

فالمفلس يجوز شراؤه فى الذمة ، ونكاحه بلا إذن ، وقبضه عوض الخلع .

والسفيه لايصح منه شيء من ذلك ؛

ما افترق فيه الصلح والبيع

قال فى الروضة : الصلح يخالف البيع فى صور ؛

أحدها : إذا صالح الحطيطة بلفظ الصلح ، صح على الأصح ، ولوكان للفظ البيع لم يصح قطعا ؛

الثانية : لو قال من غير سبق خصومة : بعنى دارك بكذا فباع : صح ، ولو قال والحالة هذه : صالحنى عن دارك بكذا لم يصح على الأصح ؛ لأن لفظ الصلح

لا يطلق إلا إذا سبقت خصومة . قال : وهذا إذا لم تكن نية ، وإلا فهو كناية فى البيع بلا شك .

الثالثة : لو صالح عن الماضى : صح ولا مدخل للفظ البيع .

الرابعة : لو صالحنا أهل الحرب من أموالهم على شىء فأخذه منهم : جاز ، ولا يقوم مقامه البيع .

الخامسة : قال صاحب التلخيص : لو صالح من أرش الموضحة على شىء معلوم جاز إذا علم قدر أرشها ، ولو باع لم يجز :

وخالف الجمهور فى افتراق اللفظين ، وقالوا : إن كان الأرش مجهولا ، كالحكومة التى لم تقدر : لم يصح الصلح عنه ولا بيعه . أو معلوم القدر والصفة ، كالدراهم إذا ضبطت صح الصلح عنه وبيعه ممن هو عليه ، أو معلوم القدر دون الصفة ، كالابل الواجبة فى الدية . ففى جواز الاعتياض عنها بلفظ الصلح ، وبلفظ البيع وجهان ؛ أصحهما : المنع .

ما افترق فيه الهبة والابراء

افترقا فى أمور:

الأول : شرط فى الهبة : القبول ، ولا يشترط فى الإبراء على الأصح ؛

الثانى : له الرجوع فيما وهبه لفرعه ، ولو أبرأه فلا رجوع له ، وإن قلنا : الابراء تمليك كما ذكره النووى ؛

ما افترق فيه المساقاة والاجارة

افترقا فى أن المساقاة لا تجوز على غير الثمرة من دراهم ونحوها ، بخلاف الإجارة ، كما ذكره النووى ؛

ما افترق فيه القراض والمساقاة

افترقا فى أن المساقاة لازمة وموقتة ، بخلاف القراض ، ولو شرط فى القراض أن يكون أجرة من يعمل معه من الربح جاز ، بخلافه فى المساقاة ؛

ما افترق فيه الاجارة والجعالة

افترقا فى أمرين :

أحدهما : تعيين العامل يعتبر فى الإجارة دون الجعالة ؛

والآخر : العلم بمقدار العمل معتبر فى الإجارة دون الجعالة ؛

ما افترق فيه الاجارة والبيع

قال بعضهم : الإجارة كالبيع ، إلا فى وجوب التأقيت ، والانفساخ بعد القبض بتلف العين ، وأن العقد يرد على المنفعة ، وفى البيع على العين ، وأن العوض يملك فى البيع بالقبض ملكا مستقرا ، وفيها ملكا مراعى لا يستقر إلا بمضى المدة ، ولا خيار فيها على الأصح ؛

ما افترق فيه الزوجة والأمة

افترقا فى أمور :

لا قسم للأمة ، ولا حصر فى العدد ، ونفقتها غير مقدرة ، ولا تسقط بالنشوز ، ولا فطرتها ؛ لأنهما للملك ، وهو باق مع النشوز ، ونفقة الزوجة وفطرتها للتمكين ، وهو منتف معه ؛

ما افترق فيه الصداق والمتعة

افترقا فى أمور :

أحدها : أن الصداق يراعى فيه حال المرأة قطعا ، والمتعة يراعى فيها حال الزوج على المختار ؛ وحال كليهما على المرجح عند الشيخين .

الثانى : أن الصداق يستحب أن لا ينقص عن عشرة دراهم ؛ والمتعة يستحب أن لا تنقص عن ثلاثين درهما ؛

الثالث : أن الصداق يجب على الزوج وغيره ، ولا تجب المتعة إلا عليه : وأوجبها القديم على شهود طلاق المفوضة قبل الدخول إذا رجعوا ، وابن الحداد : على مرضعة زوجته الأمة المفوضة ؛

ما افترق فيه النكاح والرجعة

قال البلقينى : الرجعة تفارق عقد النكاح فى أمور :

اشتراط كونها فى العدة ، وتصح بلا ولى ، ولا شهود ، ولا رضى ، وبغير لفظ النكاح والتزويج ، وفى الإحرام ، ولا توجب مهرا ؛

ما افترق فيه الطلاق والظهار

افترقا فى أمور :

أحدها : يصح الظهار مؤقتا بخلاف الطلاق ؛

ما افترق فيه العدة والاستبراء

افترقا فى أمور :

أحدها : أن العدة لا تجب إلا للموطوءة ، والاستبراء يكون للموطوءة وغيرها ؛

الثانى : أن الاستبراء يحصل بوضع حمل زنا ، ولا يتصور انقضاء العدة به .

الثالث (١) .

ما افترق فيه نفقة الزوجة والقريب

افترقا فى أمور :

أحدها : نفقة الزوجة مقدرة ، ونفقة القريب الكفاية ؛

الثانى : نفقتها لا تسقط بمضى الزمان ، بخلاف نفقة القريب ؛

الثالث : شرط نفقة القريب إعساره ويسار المنفق ، ولا يشترط فى نفقة الزوجة ؛

الرابع : يباع فى نفقة الزوجة المسكن والخادم ، دون نفقة القريب ، على ما اختاره طائفة ، وقد تقدم فى مبحثهما ؛

ما افترق فيه جناية النفس والأطراف

افترقا فى أمور :

الأول : لمستحق النفس الاستيفاء بنفسه ، دون مستحق الطرف ؛ لأنه قد يردد الحديدة ويزيد فى الإيلام ، بخلاف إزهاق النفس . فانه مضبوط .

الثانى : فى النفس الكفارة ، بخلاف الأطراف .

ما افترق فيه المرتد والكافر الأصلى

قال العلائى : المرتد يفارق الكافر الأصلى فى عشرين حكما ؛

لا يقر ولا بالجزية ، ولا يمهل فى الاستتابة ، ويؤخذ بأحكام المسلمين ؛

ومنها : قضاء الصلوات ؛ ولا يصح نكاحه ، ولا تحل ذبيحته ، ويهدر دمه ، ويوقف ملكه ، وتصرفاته ، وزوجته بعد الدخول ، ولا يسبى ، ولا يفدى ، ولا يمن عليه ، ولا يرث ، ولا يورث ، وولده مسلم فى قول ، وفى استرقاق أولاده إذا قتل على الردة أوجه ، ويضمن ما أتلفه فى الحرب فى قول ؛

ما افترق فيه قتال الكفار والبغاة

افترقا فى أن البغاة لا يتبع مدبرهم ، ولا يذفف على جريحهم ، ولا يقتل أسيرهم ، ويرد سلاحهم وخيلهم إليهم ، ولا يستعان عليهم بكافر ، ولا بمن يرى قتلهم مدبرين ؛

(١) بياض بالأصل ؛

ما افترق فيه الجزية والهدنة

افترقا فى أمور :

أحدها : أن عقد الجزية لازم ، وعقد الهدنة جائز ؛

الثانى : أن عقد الهدنة لايجوز أكثر من أربعة أشهر : إلا لضعف ، فيجوز عشر سنين فقط ، بخلاف الجزية ؛

الثالث : أن الهدنة تعقد بغير مال ، ولا يجوز عقد الجزية بدونه ولا بأقل من دينار .

ما افترق فيه الأضحية والعقيقة

افترقا فى أن الأضحية تكون من الإبل ، والبقر والغنم ، والعقيقة لاتكون إلا من الغنم ؛

ما افترق فيه الإمامة العظمى والقضاء وسائر الولايات

افترقا فى أمور :

أحدها : يشترط فى الإمام أن يكون قرشيا : للحديث ، ولا يشترط ذلك فى غيره من الحكام .

الثانى : لايجوز تعدد الإمام فى عصر واحد : ويجوز تعدد القاضى فى أماكن متعددة ؛

الثالث : لاينعزل الإمام بالفسق ، وينعزل به القاضى ؛

والفرق : ضخامة شأن الإمام وما يحدث فى عزله من الفتن ؛

الرابع : لاينعزل الإمام بالاغماء وينعزل به القاضى ؛

تنبيه

من المشكلات ، ماوقع فى فتاوى النووى : أنه لو أمر الإمام الناس بصوم ثلاثة أيام فى الاستسقاء وجب ذلك عليهم بأمره ، حتى يجب تبييت النية ؛

قال القاضى جلال الدين البلقينى فى حاشية الروضة : وهذا كلام لم يقله أحد من الأصحاب . بل اتفقوا على أن هذه الأيام يستحب الصوم فيها ؛ لاخلاف فى ذلك ؛ وكيف يمكن أن يجب شىء بغير إيجاب الله ، أو ماأوجبه المكلف على نفسه تقربا إلى الله تعالى ، وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم للأعرابى الذى سأل عن الفرائض ، وقال : هل على غيرها ؟ قال « لا » فدل ذلك على أنه لايجب شىء إلا بايجاب الله تعالى فى كتابه ، أو على لسان نبيه ، وقد أمر صلى الله عليه وسلم بصوم عاشوراء ، ولم يقل أحد بوجوبه ، مع أن أمره عليه الصلاة والسلام أعظم من أمر الأئمة ؛

ثم إن نص الإمام الشافعى دال على ذلك أيضا ، فانه قال فى الأم : وبلغنا عن بعض

الأئمة انه كان إذا أراد أن يستسقى أمر الناس فصاموا ثلاثة أيام متتابعة ، وتقربوا إلى الله تعالى بما استطاعوا من خير ، ثم خرجوا فى اليوم الرابع فاستسقى بهم ، وأنا أحب ذلك لهم ، وآمرهم أن يخرجوا فى اليوم الرابع صياما ، من غير أن أوجب عليهم ولا على إمامهم انتهى .

تنبيه

من المشكل أيضا : قول الروضة فى البيوع المنهى عنها :

ومنها : التسعير ، وهو حرام فى كل وقت على الصحيح .

والثانى : يجوز فى وقت الغلاء ، وحيث جوزنا التسعير فذلك فى الأطعمة . ويلحق بها علف الدواب على الأصح ، وإذا سعر الإمام عليه فخالف استحق التعزير ، وفى صحة البيع وجهان .

قلت : الأصح صحته .

ووجه الإشكال : أن ظاهره استحقاق التعزير بمخالفة التسعير ، مع قولنا بأنه حرام وقد فهم ذلك بعض أهل العصر ، وأخذ يتكلف فى توجيه ذلك ، وليس الأمر على مافهم . بل المسئلة مبنية على جواز التسعير كالتى قبلها ، وقد صرح بذلك ابن الرفعة ، ونبه عليه صاحب الخادم .

ما افترق فيه القضاء والحسبة

قال الماوردى : الحسبة توافق القضاء فى جواز الاستعداد وسماع الدعوى لا على العموم بل فيما يتعلق ببخس أو تطفيف أو غش أو مطل ، وإلزام المدعى عليه إلا إذا اعترف .

وتقصر عنه فى أنه لا يسمع البينة ولا الدعوى الخارجة عن المنكرات ، كالعقود والفسوخ .

وتزيد عليه بجواز الفحص والبحث بلا استعداد .

ما افترق فيه الحكم والتنفيذ

قال ابن الصلاح : لا يحتاج التنفيذ إلى دعوى فى وجه خصم ، ولا إثبات غيبته إن كان غائبا . قال الغزى ولا يشترط فيه الحلف إذا كان الغريم غائبا أو ميتا ، كما أفتى به جمع ممن عاصر النووى .

ما افترق فيه الحكم بالصحة والحكم بالموجب

قال البلقيني : بينهما فروق :

الأول : أن الحكم بالصحة منصب إلى إنفاذ ذلك الصادر من بيع ووقف ونحوهما ، والحكم بالموجب منصب إلى أثر ذلك الصادر .

الثانى : أن الحكم بالصحة لا يخص بأحد ، والحكم بالموجب يختص بالمحكوم عليه بذلك :

الثالث : أن الحكم بالصحة يقتضي استيفاء الشروط ، والحكم بالموجب لا يقتضى استيفاء الشروط ، وإنما مقتضاه صدور ذلك الحكم والحكم على المصدر بما صدر منه :

قال الشيخ ولى الدين وعمل الناس الآن على هذا الفرق : وطريقة الحكام الآن أنه إذا قامت عندهم البينة العادلة باستيفاء العام شروط ذلك العقد الذى يراد الحكم به حكم بصحته ، وإن لم تقم البينة باستيفاء شرطه حكم بموجبه ، فالحكم بالموجب أحط مرتبة من الحكم بالصحة :

ثم قال البلقيني : ويفترقان فى مسائل : يكون فى بعضها الحكم بالصحة أقوى ، وفى بعضها الحكم بالموجب أقوى :

فمن الأول مالو حكم شافعي بموجب الوكالة بغير رضى الخصم : فللحنفى الحكم بإبطالها ، ولو حكم بصحتها لم يكن للحنفى الحكم بإبطالها ، لأن موجبها المخالفة ، صحت أو فسدت ، لأجل الإذن . فلم يتعرض الشافعى للحكم بالصحة ، وإنما تعرض للأثر ، فساغ للحنفى الحكم بإبطالها : لأنه يقول للشافعى جردت حكمك للازم ، ولم تتعرض لصحة الملزوم ولا عدمه ، وأنا أقول بإبطالها ، فلم يقع الحكم فى محل الخلاف :

ومن الثانى مالو حكم الحنفى بصحة التدبير لم يمتنع على الشافعى الحكم بالبيع ، لأنه عند الشافعى صحيح ولكن يباع ، ولو حكم بموجب التدبير لم يكن للشافعى الحكم بالبيع . لأن من موجب التدبير عنده عدم البيع :

ومنه مالو حكم شافعى بصحة بيع الدار التى لها جار ، فإنه يسوغ للحنفى أن يحكم بأخذ الجار بالشفعة . لأن البيع عنده صحيح ، فتسلط لأخذ الجار : كما يقول الشافعى فى بيع أحد الشركاء ، ولو حكم الشافعى بموجب شراء الدار المذكورة . لم يكن للحنفى أن يحكم بأخذ الجار ، لأن من موجبها الدوام والاستمرار :

قال : والضابط أن المتنازع فيه إن كان صحة ذلك الشيء وكانت لوازمه لا تترتب إلا بعد صحته ، كان الحكم بالصحة مانعا للخلاف واستويا حينئذ ، وإن كانت آثاره تترتب مع فساده قوى الحكم بالصحة على الحكم بالموجب .

وذكر بعضهم أن الحكم بالموجب يجوز نقضه ، بخلاف الحكم بالصحة ، فيفترقان فى ذلك ؛

لكن خطأه السبكى ، كما تقدم فى القاعدة الأولى من الكتاب الثانى ؛

ما افترق فيه الشهادة والرواية

افترقا فى أحكام :

الأول : العدد يشترط فى الشهادة دون الرواية ؛

الثانى : الذكورة لا تشترط فى الرواية مطلقا ، بخلاف الشهادة فى بعض المواضع ؛

الثالث : الحرية تشترط فى الشهادة مطلقا دون الرواية .

الرابع : تقبل شهادة المبتدع ، إلا الخطابية ، ولو كان داعية : ولا تقبل رواية الداعية .

الخامس : تقبل شهادة التائب من الكذب دون روايته ؛

السادس : من كذب فى حديث واحد رد جميع حديثه السابق . بخلاف من يتبين شهادته للزور فى مرة لا ينقض ماشهد به قبل ذلك .

السابع : لا تقبل شهادة من جرت شهادته إلى نفسه نفعا أو دفعت عنه ضررا ، وتقبل من روى ذلك ؛

الثامن : لا تقبل الشهادة لأصل وفرع ورقيق ، بخلاف الرواية ؛

التاسع ، والعاشر ، والحادى عشر : الشهادة إنما تصح بدعوى سابقة وطلب لها ، وعند حاكم ، بخلاف الرواية فى الكل ؛

الثانى عشر : للعالم الحكم بعلمه فى التعديل والتجريح قطعا مطلقا فى الرواية ، بخلاف الشهادة . فإن فيها ثلاثة أقوال : أصحها التفصيل بين حدود الله تعالى وغيرها ؛

الثالث عشر : يثبت الجرح والتعديل فى الرواية بواحد دون الشهادة على الأصح ؛

الرابع عشر : الأصح فى الرواية : قبول الجرح والتعديل غير مفسر من العالم ، ولا يقبل الجرح فى الشهادة منه إلا مفسرا .

الخامس عشر : يجوز أخذ الأجرة على الرواية ، بخلاف الشهادة ، إلا إذا احتاج إلى مركوب ؛

السادس عشر : الحكم بالشهادة تعديل ؛ قال الغزالى : بل أقوى منه بالقول ، بخلاف عمل العالم أو فتياه بموافقة المروى على الأصح ، لاحتمال أن يكون ذلك الدليل آخر ؛

السابع عشر : لا تقبل الشهادة على الشهادة إلا عند تعسر الأصل بموت أو غيبة أو نحوهما بخلاف الرواية ؛

الثامن عشر : إذا روى شيئا ثم رجع عنه سقط ، ولا يعمل به بخلاف الرجوع عن الشهادة قبل الحكم :

التاسع عشر : لو شهدا بموجب قتل ، ثم رجعا ، وقالا : تعمدنا لزمهما القصاص ؛ ولو أشكلت حادثة على حاكم فتوقف ، فروى شخص خبرا عن النبي صلى الله عليه وسلم فيها ، وقتل الحاكم به رجلا ، ثم رجع الراوى ، وقال : كذبت وتعمدت ، ففى فتاوى البغوى : ينبغى أن يجب القصاص كالشاهد إذا رجع ؛

قال الرافعى : والذى ذكره القفال والإمام : أنه لاقصاص ، بخلاف الشهادة ؛ فإنها تتعلق بالحادثة ، والخبر لايختص بها ؛

العشرون : إذا شهد دون أربعة بالزنا حدوا للقذف فى الأظهر ، ولا تقبل شهادتهم قبل التوبة ، وفى قبول روايتهم وجهان : المشهور منها القبول ، ذكره الماوردى فى الحاوى ، ونقله عنه ابن الرفعة فى الكفاية ، والأسنوى فى الألغاز .

ماافترق فيه العتق والوقف

افترقا فى أمور :

منها : أن العتق يقبل التعليق ، بخلاف الوقف ، وأن الوقف فيه شائبة ملك ، بخلاف العتق ، وأن الوقف على معين يشترط قبوله فى وجه مصحح ، ويرتد برده بلا خلاف ، ولا يشترط قبول العتيق العتق ولا يرتد برده جزما ، ويصح وقف بعض العبد ، ولا يسرى ، ومتى عتق بعض عبد سرى إلى باقيه ؛

ماافترق فيه المدبر وأم الولد

قال المحاملى : أم الولد تفارق المدبر فى ثمانية أحكام :

لاتباع ، ولا توهب ، ولا ترهن ؛ وعتقها من رأس المال ، ويتبعها ولدها ، ولا تجرى فيها الوصايا ، ولا يجبرها السيد على النكاح فى قول ، ولا يضمن جنايتها فى قول ؛

الكتاب السابع

فى نظائر شتى

مسئلة

ورد الشرع باستعمال الماء فى طهارتى الحدث والخبث ، وبالتراب فى التيمم والتعفير والحجر فى الاستجمار ورمى الجمار ، والقرظ فى الدباغ ؛

وتعين الماء فى الطهارتين ، وتعين التراب فى التيمم ؛ وفى التعفير قولان : أظهرهما : نعم ، وفى القرظ طريقان ؛ المذهب : لايتعين ؛

وتعين الحجر فى الجمار ، ولم يتعين فى الاستنجاء :

والفرق : أن التطهير والتعفير والجمار تعبدى ، والاستنجاء تعم به البلوى ، ومقصوده قلع النجاسة ، وهو حاصل بغير الحجر ، والدباغ أيضا تعم به دونه ، والمقصود نزع الفضلات ، وهو حاصل بكل حريف : ذكر ذلك النووى فى شرح المهذب :

قلت : ومن نظائر ذلك : تعين السيف فى قتل المرتد ، فلا يجوز رميه بالأحجار ؛ ولا بالنبل :

وتعين الحجر فى قتل الزانى المحصن ، لأن المقصود التمثيل به ، والردع عن هذه الفاحشة فلا يجوز قتله بالسيف :

وفى القصاص : تراعى المماثلة ، ويجوز العدول إلى السيف ، لأنه أسهل وأرجى :

وتعين السيف على الأصح : فى قتل تارك الصلاة .

وفى وجه : ينخس بالحديد حتى يصلى أو يموت :

وتعين النخس بالحديد : فى الامتناع من سائر الواجبات : حتى يصلى أو يموت ، ذكره الرافعى فى الشرح ، ونقل السبكى الاتفاق عليه :

ومنها : ورد الشرع فى الفطرة بالتمر :

مسئلة

الخلاف الأصولى فى أن النسخ رفع أو بيان :

نظيره فى الفقه : الخلاف فى أن الطهارة بعد الحدث ، هل نقول بطلت أو انتهت ؟ والأول قول ابن القاص : والثانى قول الجمهور .

فعلى الأول : قال ابن القاص فى التلخيص : ليس لنا عبادة تبطل بعد عملها إلا الطهارة بالحدث :

فائدة

الخلاف الأصولى فى مسئلة إحداث قول ثالث ، هل يجوز مطلقا ، أو بشرط أن لايرفع مجمعا عليه ؟ .

نظيره فى العربية : إطلاق تداخل اللغتين . هل يجوز مطلقا . أو بشرط أن لايؤدى إلى استعمال لفظ مهمل ؟ كالحبك .

قاعدة

الواجب الذى لايتقدر : كمسح الرأس مثلا ، إذا زاد فيه على القدر المجزىء ، هل يتصف الجميع بالوجوب ؟ فيه خلاف بين أئمة الأصول ، والأكثر منهم على المنع :

قال فى شرح المهذب : إذا مسح جميع الرأس ففيه وجهان مشهوران : أصحهما : أن الفرض منه مايقع عليه الاسم ، والباقى سنة ، والثانى : أن الجميع يقع فرضا .

ثم قال جماعة : الوجهان فيمن مسح دفعة واحدة . أما من مسح متعاقبا ، كما هو الغالب فما سوى الأول سنة قطعا ، والأكثرون أطلقوا الوجهين ، ولم يفرقوا .

ومن نظائر المسئلة : مالو طول القيام فى الصلاة ، أو الركوع ، أو السجود ، فهل الواجب الكل ، أو القدر الذى يجزىء الاقتصار عليه ؟ .

أو أخرج بعيرا عن خمس من الإبل ، هل الواجب خمسه أو كله ؟ .

أو لزمه ذبح شاة ، فذبح بدنة ، فهل الواجب سبعها أو كلها ؟ .

فيه وجهان ، والأصح : أن الواجب القدر المجزىء .

ونظير فائدة الوجهين ، فى المسح والاطالة : فى تكثير الثواب : فإن ثواب الواجب أكثر من ثواب النفل ، وفى الزكاة فى الرجوع ، إذا عجل الزكاة ثم جرى مايقتضى الرجوع فإنه يرجع فى الواجب ، لا فى النفل .

وفى هذا النذر : أنه يجوز الأكل من الأضحية والهدى المتطوع بهما ، لا من الواجب انتهى كلامه فى باب الوضوء من شرح المهذب وجزم بذلك فى التحقيق فيه ، وفى الروضة فى باب الأضحية ، إلا أنه لم يذكر بعير الزكاة ، وصححه فيها أيضا فى باب الدماء ، بالنسبة إلى ذبح البقرة والبدنة عن الشاة . فقال : قلت : الأصح سبعها . صححه صاحب البحر وغيره ، وصححه أيضا فى باب النذر من شرح المهذب .

لكن صحح فيه فى باب الزكاة أن الزائد فى بعير الزكاة فرض ، وفى باقى الصور نفل وادعى اتفاق الأصحاب على تصحيح هذا التفصيل .

وصحح فى صفة الصلاة من زوائد الروضة وشرح المهذب ، والتحقيق : أن الجميع يقع واجبا .

قال فى المهمات : من فوائد الخلاف ، غير ماتقدم : كيفية النية فى البعير المخرج عن الزكاة : فإن قلنا : الكل فرض : فلا بد من نية الزكاة ونحوها ، وإن قلنا : الخمس كفاره الاقتصار عليه فى النية والحسبان من الثلث إذا أوصى بذلك أو فعل فى مرض موته فإن جعلناه نفلا حسب منهما ، أو فرضا اتجه تخريجه على الخلاف فيما إذا أوصى بالعتق فى الكفارة المخيرة .

قال ومن نظائر ذلك : ما إذا زاد فى الحلق أو التقصير على ثلاث شعرات ، والقياس تخريجه على هذا الخلاف .

وما إذا زاد بعرفات على قدر الوقوف الواجب ، وقد خرجه فى الكفاية عليه .

وما إذا زاد على قدر الكفاية ، والحكم فيه أنه يقع تطوعا : جزم به الرافعى فى باب النذر ، وتبعه عليه فى الروضة : قال : والزكاة والنذر والديون بمثابة الكفارة ، والفرق بينهن وبين مسح الرأس ونظائره : أن للكفارات ونحوها قدرا محدودا منصوصا عليه .

ومنها : إذا صلى على الجنازة أكثر من واحد ، فلا شك أنه لايصح تخريجها على هذا الخلاف : لاستحالة حصول ثواب الواجب لواحد لابعينه ، بخلاف باقى الصور : فإن الفعل فيها حصل من واحد ، فيصح أن يثاب على بعضه ثواب النفل :

قال ابن الوكيل : وخرج بعضهم على هذا الخلاف . أن من كشف عورته فى الخلاء زائدا على القدر المحتاج إليه ، هل يأثم على كشف الجميع ، أو على القدر الزائد ؟ قال فإن صح ذلك اتسع لهذه الصورة نظائر :

فائدة

هل المغلب فى الظهار مشابهة الطلاق ، أو اليمين ؟ وجهان : وله نظائر :

منها : هل المغلب فى قتل القاطع معنى القصاص ، أو الحد؟ قولان :

ومنها : هل المغلب فى التدبير معنى الوصية ، أو التعليق بصفة ؟ قولان :

ومنها : هل المغلب فى الإقالة معنى البيع ، أو الفسخ ؟ قولان :

ومنها : هل المغلب فى العين المستعارة للرهن معنى العارية ، أو الضمان ؟ وجهان .

ومنها : هل المغلب فى اللعان معنى الأيمان أو الشهادة ؟

ومنها : هل المغلب فى الخطبة معنى الصلاة ، أو الذكر ؟

ومنها : هل المغلب فى اليمين المردودة شائبة الإقرار : أو البينة ؟ قولان :

فائدة

الثيوبة فى الفقه ، أقسام :

الأول : زوال العذرة مطلقا بجماع أو غيره قطعا ، وذلك فى الرد للمبيع ، وما لو تزوجها بشرط البكارة .

والثانى : كذلك على الأصح ، وذلك فى السلم والوكالة والوصية :

الثالث : زوالها بالجماع فقط ، وذلك فى الإذن فى النكاح والإقامة فى الابتداء :

الرابع : زوالها بالجماع فى نكاح صحيح ، وذلك فى الرجم بالزنا :

فائدة

البناء على فعل الغير فى العبادات فيه نظائر :

منها : الأذان : والأصح : لايجوز البناء فيه :

ومنها : الخطبة ، والأصح جواز البناء فيها ؛

ومنها : الصلاة، والأصح الجواز، وهو الاستخلاف ؛

ومنها : الحج ، والأصح لايجوز ، والخلاف فى المسائل الأربع قولان ؛

فائدة

للقاضى بدر الدين بن جماعة فى الأمور التى هى أصول بيت المال :

جهات أموال بيت المال سبعتها ... فى بيت شعر حواها فيه كاتبه

خمس، وفىء، خراج، جزية، عشر ... وإرث فرد ؛ ومال ضل صاحبه

فائدة

الواسطة لا أعلمها فى الفقه إلا فى مسألة واحدة ؛

وهى الطلاق : سنى وبدعى ، وهل بينهما واسطة ؟ وجهان :

أحدهما : نعم ، وهو طلاق غير الموطوءة ، والحامل ، والصغيرة ، والآيسة ، فليس بسنى ولا بدعى ؛

والثانى : لا ، وجعل الأربعة من قسم السنى بناء على أنه ليس بمحرم ؛

وذكر ابن الوكيل فرعا آخر : وهو الخنثى ، هل هو واسطة ، أو إما ذكر أو أنثى ؟ وجهان . الأصح : الثانى ؛

وتوجد الواسطة فى الأصول والعربية كثيرا .

من ذلك الواسطة بين الحسن والقبيح : قيل بها فى فعل غير المكلف ، والمكروه والمباح :

والواسطة بين الحقيقة والمجاز : قيل بها فى اللفظ قبل الاستعمال ، وفى المشاكلة ؛

والواسطة بين المعرب والمبنى : قيل بها فى المضاف لياء المتكلم ، والأسماء قبل التركيب .

والواسطة بين المتصرف وغيره قيل بها .

والواسطة بين النكرة والمعرفة قيل بها فى الذات ؛

والواسطة بين المتعدى واللازم قيل بها فى الأفعال الناقصة : كان، وكاد ، وأخواتها ؛

والواسطة بين الصدق والكذب قيل بها فيما طابق الاعتقاد دون الواقع أو عكسه ، أو كان ساذجا لا اعتقاد معه ، طابق الواقع أم لا ؛

وفى الحديث الحسن واسطة بين الصحيح والضعيف ؛

فائدة

ابتداء المدة فى الخف من حين الحدث بعد اللبس لا من اللبس والمسح ؛

وابتداء مدة الخيار من العقد لا من التفرق على الأصح ؛

وابتداء مدة التعزية من الموت أو الدفن ؟ وجهان صحح فى شرح المهذب الثانى ؛ وابن الرفعة فى الكفاية الأول ؛

وابتداء مدة المولى : من الإيلاء دون الرفع إلى الحاكم بلا خلاف لأنها منصوصة ؛

وابتداء مدة العنين من الرفع إلى الحاكم بلا خلاف لأنها مجتهد فيها ؛

وابتداء أجل الدية فى الخطأ وشبه العمد من الزهوق لا من الجرح ؛

الصور التى وقع فيها إعمال الضدين

منها : المستحاضة ، والمتحيرة : تجعل فى العبادات كالطاهرة ، وفى الوطء كالحائض ؛

ومنها : العبد المفقود . يجب إخراج زكاته ، ولا يجزئ عتقه فى الكفارة ؛

ومنها : لو وجد لحم ملقى فى بلدة فيه مجوسى أولا ، ولكنه مكشوف . فله حكم الميتة فى تحريم الأكل ، لا فى التنجيس ، لما لاقاه ، ذكره فى شرح المهذب ؛

ونظيره : ماذكره ابن الوكيل : أنه لو رمى صيدا فغاب ، ثم وجده ميتا فى ماء دون القلتين . حكم بحرمة الصيد وطهارة الماء ، إعطاء لكل أصل حقه ؛

قال ابن الوكيل : هكذا ذكره شارح المقنع من الحنابلة ، وهو يوافق قواعدنا ؛

ومنها : لو وجد الإمام من قبله من الأئمة يأخذون الخراج من بلد ، وأهله يتبايعون أملاكه ، فمقتضى أخذ الخراج : أن يكون وقفا ، ولا يصح بيعه ، ومقتضى بيعه : أن لا يؤخذ منه خراج ، وقد نص الشافعى على أن الإمام يأخذ الخراج ، ويمكنهم من بيعهم ، إعطاء لكل يد حقها ؛

ومنها : إذا جاءتنا من المهادنين صبية تصف الإسلام : فإنا لا نردها إلى الكفار وإن قلنا : لا يصح إسلام الصبى ، لأن الأصل بقاؤها على ماتلفظت به إذا بلغت ولا يعطيهم الآن مهرها ، إن قلنا به لأن الأصل عدم وجوبه إلا أن يحكم الاسلام ، فتقبل منها .

ومنها : لو عاشر الرجعية معاشرة الأزواج لم تنقض العدة ، ويلحقها الطلاق وليس له الرجعة أخذا بالاحتياط فى الجانبين .

ومنها : الحجر لا يصح استقباله ولا الطواف فيه ، احتياطا فيهما ؛

ومنها : تقبل شهادة رجل وامرأتين فى السرقة ، فيما يتعلق بالضمان دون القطع ؛

ومنها : الدم الذى تراه الحامل ، له حكم الحيض فى الوطء والصلاة ونحوهما ، لا فى انقضاء العدة ؛

ومنها : اللقيطة التى أقرت بالرق بعد النكاح لها حكم الأحرار فى عدة الطلاق ، وحكم الاماء فى عدة الوفاة ؛

قاعدة

تفويت الحاصل ممنوع ، بخلاف تحصيل ما ليس بحاصل ؛

ومن ثم من أراق ماءه فى الوقت سفها يأثم بالاتفاق ، وفى وجوب الاعادة إذا صلى بالتيمم وجهان ، بخلاف من اجتاز بماء فى الوقت فلم يتوضأ ، فلما بعد عنه صلى بالتيمم فانه لا يأثم ، كما أشعر به كلام الرافعى ، والمذهب : القطع بعدم الإعادة ؛

ومن دخل عليه الوقت وهو لابس خف بالشرائط ، ومعه مايكفيه لو مسح ، ولا يكفيه لو غسل ، وجب عليه المسح : ويحرم نزع الخف والحالة هذه بالاتفاق . كما ذكره الرويانى فى البحر ، بخلاف من كان غير لابس ومعه خف وقد أرهقه الحدث ، وهو متطهر ومعه ماء كذلك لا يجب عليه اللبس ليمسح ، كما فى الشرح والروضة ؛

الصور التى يقوم فيها مضى الزمان مقام الفعل

جمعها المحب الطبرى فى شرح التنبيه بضعة عشر أكثرها على ضعف ؛

الأولى : مضى مدة المسح يوجب النزع ، وإن لم يمسح ؛

الثانية : مضى زمن المنفعة فى الاجارة يقرر الأجرة وإن لم ينتفع ؛

الثالثة : إقامة زمن عرضها على الزوج الغائب مقام الوطء حتى تجب النفقة ؛

الرابعة : مضى زمن يمكن فيه القبض : يكفى فى الهبة والرهن ، وإن لم يقبض ؛

الخامسة : إقامة وقت الجداد مقامه عند من يرى أن لا ضم ؛

السادسة : دخل وقت الصلاة فى الحضر ثم سافر ، يمسح مسح مقيم فى وجه ؛

السابعة : الصبى والعبد إذا وقفا بعرفة ، ثم دفعا بعد الغروب ثم كملا قبل الفجر سقط فرضهما عند ابن سريج .

الثامنة : إذا انتصف الليل : دخل وقت الرمى ، وحصل التحلل عند الاصطخرى .

التاسعة والعاشرة : إقامة وقت التأبير وبدو الصلاح مقامهما فى وجه .

الحادية عشرة : إقامة وقت الخرص مقامه ، إن لم يشترط التصريح بالتضمين ، وهو وجه .

الثانية عشرة : خروج الوقت يمنع فعل الصلاة على قول ؛

الثالثة عشرة : إذا سافر بعد الوقت : لا يقصر على وجه ؛

ضابط

البدل مع مبدله أقسام :

أحدها : يتعين الابتداء بالمبدل منه ، وهو الغالب : كالتيمم مع الوضوء ، والواجب فى الزكاة مع الجبران .

الثانى : يتعين الابتداء بالبدل : كالجمعة إذا قلنا : هى بدل عن الظهر ؛

الثالث : يجمع بينهما ، كواجد بعض الماء والجريح ؛

الرابع : يتخير كمسح الخف مع غسل الرجل ؛

فائدة

هل يدخل المبيع فى ملك المشترى بآخر لفظة من الصيغة ، أم بانقضائها يتبين دخوله بأوله ؟ وجهان :

ونظيره : ماحكى الروياني فى تكبيرة الاحرام : هل يدخل الصلاة بأولها أو بالفراغ منها يتبين أنه دخل من أولها ؟ وجهان . بنى عليهما ، مالو رأى المتيمم الماء قبل الفراغ .

ونظيره أيضا فى الجمعة : هل المعتبر فى سبق آخر التكبير ، أو أوله ؟ وجهان :

فائدة

الفم والأنف لهما حكم الظاهر فى الصوم ، وإزالة النجاسة والجائفة .

وحكم الباطن ، فى الغسل :

ونظير ذلك : القلفة . فالأصح ، أنه يجب غسل ماتحتها فى الغسل والاستنجاء إجراء لها مجرى الظاهر ، ومقابله يجريها مجرى الباطن :

وفرع عليه العبادى : أنه لو بقى داخلها نجس واغتسل ، ولم يغسله : صح غسله : وعلى الأصح : لا .

وفى الكفاية وغيرها : لو غيب الأقلف حشفته داخل القلفة أحل المرأة قطعا فأجريت مجرى الباطن ، ولو كانت كالظاهر ، لطرد الخلاف فيها . كما لو أولج وعليه خرقة :

فائدة

صححوا أن الاستنجاء بيد نفسه ويد غيره بدل الحجر لايجزئ :

وصححوا أن الاستياك بأصبع نفسه لايجزئ وبأصبع غيره يجزئ قطعا :

وصححوا أن ستر عورته بيده ويد غيره لايجزئ .

وصححوا أن ستر رأسه بيده يوجب الفدية ، وكذا بيد غيره جزما :

ولو سجد على يد نفسه لم يصح جزما . أو على يد غيره صح جزما .

فائدة

الوكيل فى النكاح يجب عليه ذكر الموكل ، لأن أعيان الزوجين مقصودان فى النكاح ، ولا يجب عليه فى البيع ، لانتفاء المعنى :

ولو وكل شخص عبد غيره فى شراء نفسه من سيده ، أو وكل عبد غيره فى ذلك فلابد من التصريح بالسفارة : لما فيه من التردد بين البيع ومعنى العتق .

وفى الشرح عن فتاوى القفال : أن وكيل المتهب يجب أن يصرح باسم الموكل ، وإلا وقع العقد له ، لجريانه معه : فلا ينصرف إلى الموكل بالنية . لأن الواهب قد يقصده بالتبرع بخلاف البيع ، فان المقصود معه حصول العوض :

فائدة

نظير الوجهين فى مصرين سلك الطريق الأبعد لغير غرض . احتمالان للقاضى حسين فيما إذا سلك الجنب فى خروجه من المسجد الأبعد لغير غرض ؛

فائدة

نظير الخلاف فى التفضيل بين الصلاة والطواف ، والوجه القائل : بأن الطواف للغرباء أفضل ، والصلاة لغيرهم أفضل : الخلاف فى التفضيل بين الصلاة والصوم ، والقول المفصل القائل بأن الصلاة أفضل بمكة والصوم أفضل بالمدينة ترجيحا لكل بموضع نزوله ، والخلاف فى المسألة الثانية للمتقدمين .

فائدة

اشترطت الجماعة فى الجمعة ، لأن لفظها يعطى معنى الاجتماع ؛

ونظيره : اشتراط القصد فى التيمم ، لأنه ينبىء عن القصد والتقابض فى الصرف لأن اللفظ يقتضى الانصراف ؛

ونظير ذلك فى العربية : اشتراط الانتقال فى الحال لأن لفظ الحال مأخوذ من التحول والتبيين والإيضاح فى التميز : لأن لفظه يقتضى ذلك ، ومن ثم قال الأكثرون إنه لا يجىء للتوكيد ؛

فائدة

الفقير والمسكين حيث أطلق أحدهما اشتمل الآخر : فاذا ذكرا اختص كل بمعناه ؛

قال البلقينى : ونظير ذلك الكافر ، والمشرك :

قلت : ونظير ذلك فى العربية ، الظرف والمجرور ؛

ومن نظائر ذلك أيضا : الإيمان والإسلام .

فائدة

قول الوقف كثير فى الأصول ؛ لأن الأصولى فى مهلة النظر ، نادر فى الفقيه ، لأن حاجة الفقيه ناجزة ؛

ومما حكى فيه : قول الوقف من الفقيه ؛

مسئلة طهورية الماء المستعمل ؛ حكى ابن الصباغ فيها قولاً بالوقف ، أى لا نقول طهور ، ولا غير طهور ؛

ومسئلة تعليق الطلاق قبل النكاح ؛ ذكر للربيع ، أن الشافعى توقف فيه فى الأمالى القديمة ، ثم أزاله وقال بالمنع ؛

فائدة

فرق بين مطلق الماء والماء المطلق ؛
فالأول : هو الماء لابقيد ؛ فيدخل فيه : الطاهر والطهور والنجس ؛
والثاني : هو الماء بقيد الاطلاق ؛
وذهب السبكي إلى أنه لافرق بين العبارتين ؛
ونظير ذلك ، قولنا : طلاق البعض وتبعيض الطلاق ، وعتق البعض وتبعيض العتق وتجب النية عندأول غسل الوجه لاعند غسل أول الوجه ، ولا ولاء لمعتق الأب مع أب المعتق ، وقول الإمام : كما لا يتغير حكم المحلوف باليمين لا يتغير حكم اليمين بالمحلوف عليه .

المسائل التي يفتى فيها على القديم بضع عشرة

ذكرها في شرح المهذب ؛
مسئلة التثويب في أذان الصبح ؛ القديم ، استحبابه ؛
ومسئلة التباعد عن النجاسة في الماء الكثير . القديم ، أنه لايشترط ؛
ومسئلة قراءة السورة في الركعتين الأخيرتين . القديم ، لايستحب ؛
ومسئلة الاستنجاء بالحجر فيما جاوز المخرج . القديم ، جوازه .
ومسئلة لمس المحارم ؛ القديم ، لاينقض ؛
ومسئلة تعجيل العشاء . القديم ، أنه أفضل ؛
ومسئلة وقت المغرب . القديم ، امتداده إلى غروب الشفق ؛
ومسئلة المنفرد إذا نوى الاقتداء في أثناء الصلاة . القديم ، جوازه ؛
ومسئلة أكل الجلد المدبوغ . القديم ، تحريمه ؛
ومسئلة تقليم أظفار الميت . القديم ، كراهته ؛
ومسئلة شرط التحلل من الاحرام بمرض ونحوه ؛ القديم ، جوازه ؛
ومسئلة الجهر بالتأمين للمأموم في صلاة جهرية . القديم ، استحبابه ؛
ومسئلة من مات وعليه صوم . القديم ، يصوم عنه وليه ؛
ومسئلة الخط بين يدي المصلي ، إذا لم تكن معه عصى . القديم ، استحبابه والله أعلم .

هذه مسائل فيما لا يعذر فيها بالجهل
وقد نظمها بعضهم فقال :

ثلاثون لاعذر بجهل يرى بها ... وزدها من الأعداد عشرا لتكملا
فأولها : بكر تقول لعاقد : ... جهلت بأن الصمت كالنطق مقولا
كمن سكتت حين الزواج، فجومعت ... فقالت : أنا لم أرض بالعقد أولا
كذا شاهد في المال ، والحد مخطئا ... شهادة صدق ، ضامن حين بدلا
وآكل مال لليتيم ، وواطئ ... رهين اعتكاف ، بالشريعة جاهلا
كذا قاذف شخصا ، يظن بأنه ... رقيقا : فبان الشخص حراً مكملا
ومن قام بعد العام يشفع خاطراً ... مع العلم بالمبتاع ، والبيع أولا
ومن ملكت ، أو خيرت ، ثم لم تكن ... لتقضى ، حتى فارقت، وتفاصلا
كذاك طبيب قائل بعلاجه ... بلا علم ، أو مفت تعدى تجاهلا
وبائع عبد بالخيار ، يروم أن ... يرد ، وقد ولى الزمان مهرولا
ومن أثبتت إضرار زوج ، فأمهلت ... فجامعها قبل القضاء معاجلا
وعبد زنى ، أو يشرب الخمر جاهلا ... بعتق ، فحد الحر يجرى مفصلا
وبفسخ بيع فاسد مطلقا ، ولا ... يسامح فيه من عن الحق حولا
وكل زكاة من دفعها لكافر ... وغير فقير ضامن تلك مسجلا
ومن يعتق الشخص الكفور لجهله ... فلا يجزى فى كفارة وتبتلا
كذا مشتر من أوجب الشرع عتقه ... عليه : ولا رد له ، وله الولا
وآخذ حد من أبيه مستو ... كتحليفه إذ بالعقوق تزيلا
ومن يقطع المسلوك جهلا . فلا نرى ... شهادته من أجل ذلك تقبلا
كمن يريا عدلين فرجا ومحرما ... يباح ، وحرا يسترق فأهملا
وسارق مافيه النصاب مؤاخذ ... وإن لم يكن ظرف النصاب معادلا
وواطئ من قد أرهنت عنده ، لها ... يكون له عن حد ذلك معزلا
كذلك من يزنى ويشرب جاهلا ... من أهل البوادى ، حده ليس مهملا
ومن رد رهنا بعد حوز لربه ... فلا شك أن الحوز صار معطلا
وتخيير من قد أعتقت ثم جومعت ... تفوت بجهل الحكم والعتق أهملا
ولا ينف حمل العرس زوج لها إذا ... رآه ، ولم ينهض بذلك معدلا
ومن أنفقت من مال زوج لغيبة ... فجا نعيه ردت من الود فاضلا
ومن سكنت حين ارتجاع وجومعت ... فقالت : لقد كان اعتقادى كاملا

وبيمن لمن قد حيز عنه متاعه   مقال إذا ماالحوز كان مطولا
وقد قام بعد الحوز يطلب ملكه   وقيل له : قد بعت ذلك أولا
ومن هو فى صوم الظهار مجامع   لزوجته ، يستأنف الصوم مكملا
وليس لذى مال يباع بعلمه   ويشهد قبضا بعده أن يبدلا
ومن زوجها قد ملك الغير أمرها   فلم يقض حتى جومعت صار معزلا
وإن ملكها الزوج ثم تصالحا   عقيب قبول كان ليس مفصلا
وما سئلت عنه فليس لها إذن   تقول ثلاثا كان قصدى أولا
وإن بعد تمليك قضت ببيانها   فقالت جهلت الحكم فيه معاجلا
فليس له عذر إذا قال : لم أرد   سوى طلقة ؛ والحكم فيه كما خلا
وإن أمة قالت ، وبائعها : لقد   تزوجها شخص ففارق وانجلا
فليس لمن يبتاعها بعد عامه   بذلك عذر إن يرد أذن بعد
ولا يطأنها أو يزوجها إلى   ثبوت خلو من زواج تحولا
ومن قبل تكفير الظهار مجامع   يذوق عقابا بالذى قد تحملا
وحق الذى قد خيرت ساقط إذا   بواحدة قالت : قضيت تجاهلا
وليس لها عذر بدعوى جهالة   وذاك الذى قد أوقعت عاد باطلا
ومن قال : إن شهرين غبت ولم أعد   فأمرك قد صيرت عندك جاعلا
فمر ، ولم توقع ، وما أشهدت على   بقاها ، وقالت : صار عنها محولا
وذاك كثير فى الوضوء ومثلها   بفرض صلاة ، ثم حج تحصلا

فهـــرس

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

مؤسسة جواد للطباعة والتصوير
هاتف: ٨٣٠٩٤٢ ـ بيروت ـ لبنان